

Internet- und IT-Recht

Ausgewählte Beiträge aus der internetWORLD BUSINESS

Jubiläumsausgabe anlässlich des zehnjährigen Bestehens
(2002 – 2012)



Rauschhofer Rechtsanwälte
Kanzlei für IT-Recht
Richard-Wagner-Str. 1
65193 Wiesbaden
T: 0700 IT KANZLEI
T: 0611 - 53 25 395
F: 0611 - 53 25 396
www.rechtsanwalt.de

Zur Kanzlei



Die vor 10 Jahren im März 2002 gegründete Kanzlei *Rauschhofer Rechtsanwälte* berät und vertritt hochspezialisiert in allen Bereichen des Rechts der Informationstechnologie sowie im gewerblichen Rechtsschutz (Marken-/Wettbewerbsrecht), Urheber- und Medienrecht. Durch in diesem Bereich spezialisierte Juristen an einem Standort - davon ein Fachanwalt für IT-Recht - können auch komplexe Projekte kurzfristig bearbeitet werden.

Zu unseren Mandaten zählen Unternehmen insbesondere aus den Bereichen Banking/Finanzdienstleistung, Luftfahrt, Pharma, Automotive, Softwarehersteller, E-Commerce-Anbieter, IT-Services und Werbung sowie Behörden. Vornehmlich erfolgt hier die Beratung, Vertragsgestaltung und Verhandlung von Softwareimplementierungsprojekten bis hin zu IT-Outsourcing-Verträgen, wobei wir überwiegend die Auftraggeberseite vertreten.

Bei der Beratung von Mandanten wird durch die Verbindung von wissenschaftlich fundiertem Spezialwissen mit umfangreichem technischen Verständnis im EDV-Bereich eine praxisnahe Betreuung sichergestellt.

Insbesondere Rechtsabteilungen von Unternehmen werden in den Spezialbereichen des IT-, Online- und Markenrechts fachlich, aber auch bei größeren Verträgen zur Abfederung von Ressourcenengpässen personell unterstützt. Die enge Zusammenarbeit und Abstimmung mit Konzernrechtsabteilungen ist für uns daher ebenso selbstverständlich wie die vorherige Veranschlagung des zu erwartenden Aufwandes.

Die durch umfangreiche Beratung aufgebaute Expertise, insbesondere in komplexen Vertragsprojekten, wird durch strategisches Wissensmanagement unter Einsatz neuster Informations- und Kommunikationstechnologien ständig ausgebaut und auf aktuellstem Stand gehalten. Bei der Preisverleihung anlässlich des 7. Hessischen Online-Tages 2003 zeichneten das Hessische Ministerium für Wirtschaft und Landesentwicklung und die Deutsche Telekom AG die Anwaltskanzlei Rauschhofer für ihre herausragende E-Business-Lösung mit dem ersten Preis aus.

Vor allem im Bereich des Vertragsmanagements können Vertragsentwürfe kurzfristig und sicher per E-Mail ausgetauscht und in den Konferenzräumen oder per Videokonferenz mit der anderen Vertragsseite verhandelt werden.

Die **Zusammenfassung** diverser Beiträge aus der internetWORLD BUSINESS soll einen Überblick über die verschiedenen Thematiken des sog. Internetrechts geben sowie weitere Aspekte des IT-Rechts streifen, die für die tägliche Praxis von Bedeutung sind.

Weitere Beträge finden Sie auf unserer Homepage unter www.rechtsanwalt.de.

Zum Autor



Dr. Hajo Rauschhofer, Fachanwalt für Informationstechnologierecht, berät seit 1996 als Rechtsanwalt im Bereich IT-Recht und Internet-Recht. Als empfohlener Anwalt für IT- und Medienrecht ist er als einer der ersten Rechtsanwälte mit einer eigenen Website im Internet präsent (www.rechtsanwalt.de). Im Jahre 2000 promovierte er zum Thema „Mediendienste im World Wide Web“. Seit 2002 betreut er in der Kanzlei Rauschhofer Rechtsanwälte mit spezialisierten Juristen bundesweit Unternehmen in allen Bereichen des Rechts der Informationstechnologie sowie im gewerblichen Rechtsschutz (Marken-/ Wettbewerbsrecht), Urheber- und Medienrecht. Vornehmlich erfolgt hier die Beratung, Vertragsgestaltung und Verhandlung von Softwareverträgen bis hin zu komplexen IT-Outsourcingvorhaben, wobei überwiegend die Auftraggeberseite vertreten wird. Daneben werden regelmäßig Beiträge sowie Interviews in Fachzeitschriften, Radio, TV und im Internet veröffentlicht, die durch bundesweite Vortrags- und Seminarveranstaltungen im Bereich IT-Recht ergänzt werden.

Im Rahmen seiner anwaltlichen Tätigkeit hatte Dr. Rauschhofer immer wieder Gelegenheit, an der Rechtsfortbildung mitzuwirken. In einer Vielzahl von Verfahren konnten neue Fragestellung einer gerichtlichen Klärung zugeführt werden; genannt seien hier exemplarisch:

Webspace: NJW-CoR 2000, 47, Schadensersatz und Schmerzensgeld bei der Übernahme von Homepage-Inhalten: MMR 2004, 476 ff., CR 2004, 617f.; fetenplaner.de: MMR 2005, 62f. - Homepage mit Domain als Unternehmenskennzeichen schutzfähig; Schutzfähigkeit eines eingeführten Veranstaltungsnamens - hessentag2006.de:- MMR 2005, 782; Namensrecht und Pseudonym stehen in Stufenverhältnis, maxem.de: BVerfG - 1 BvR 2047/03; Verkaufsaufangebot generischer Domains nicht unlauter, kettenzüge.de: MMR 2006, S. 113; Quellcodebesichtigung im Wege der einstweiligen Verfügung: GRUR-RR, 2006,295; NJW-RR 2006, 1344 oder zuletzt Haftung für Links auf Twitter: MMR 6/2010, Fokus, S. XVI.

Seit Juni 2002 schreibt Dr. Rauschhofer regelmäßig für die internetWORLD BUSINESS zu Themen des IT-Recht und Internetrechts. Wegen des durch technische Innovationen schnelllebigen Rechts, wurden nur bei zwischen 2005 und 2012 aufgenommen. Die Zusammenstellung und Veröffentlichung der Beiträge erfolgt mit freundlicher Genehmigung der internetWORLD BUSINESS (www.internetworld.de).

Inhaltsverzeichnis

I. Allgemeine Geschäftsbedingungen

1. AGB unter der Lupe

Internet World Business 23-2009, Seite 38

Welche Vertragstexte dürfen übernommen werden? Und woher bekommt man sie?

Vertragsbedingungen: Es kommt auf jedes Wort an

Einen Zeitungsartikel darf man nicht einfach kopieren und auf seine Website stellen, auch bei Fotos ist dies in der Regel verboten. Aber wie sieht es mit Vertragstexten aus, zum Beispiel mit den AGB eines Webshops? Hier sind deutsche Gerichte durchaus unterschiedlicher Auffassung. Nachdem das LG Stuttgart (Az.: 17 O 68/08) eine Urheberrechtsverletzung bei der Übernahme eines Mustervertrags verneinte, entschied das OLG Köln (Az.: 6 U 193/08), dass AGB als Sprachwerk eine persönliche geistige Schöpfung darstellen und urheberrechtlich geschützt sein können.

Kein Monopol auf Formulierungen

Voraussetzung ist, dass sie sich durch ihr gedankliches Konzept oder durch ihre sprachliche Fassung von gebräuchlichen juristischen Formulierungen abheben. In beiden Entscheidungen betonten die Gerichte, dass es sich bei der Frage einer Urheberrechtsverletzung um eine Einzelfallentscheidung handele. Die Kölner Richter ergänzten, dass zutreffende rechtliche Formulierungen nicht monopolisiert werden dürften.

Doch woher bekommt ein Online-Händler günstige und rechtswirksame AGB-Textformulierungen? Dringend davon abzuraten ist, AGB Dritter ungefragt zu übernehmen. Wenngleich dort regelmäßig Standardklauseln enthalten sind, die als solche nicht monopolisierbar und nicht schutzfähig sind, so dürften aber auch schutzfähige Bestandteile vorhanden sein. Wer ungefragt AGB übernimmt, setzt sich daher der Gefahr einer Urheberrechtsverletzung aus.

Gleichzeitig ist bei der Verwendung von AGB zu berücksichtigen, dass Klauseln auch der aktuellen Rechtslage entsprechen müssen, um vor Abmahnungen bestmöglich gefeit zu sein. Die Verwendung von AGB mit einem Rechtsprechungsstand aus dem Jahre 2005 bringt gar nichts, wenn sich in der Zwischenzeit die Rechtsprechung geändert hat. Ein "Profi-Abmahner" findet bei Google solche rechtsunwirksamen Klauseln schnell. Zudem ist für den Laien meist nicht ersichtlich, ob die AGB ohne Anpassung die eigenen Abläufe – zum Beispiel in einem Webshop – zutreffend wiedergeben. Regelmäßig müssen standardisierte Klauseln den Belangen des Verwenders angepasst werden.

Für den kleinen Geldbeutel sind sogenannte Mustertextportale oft hilfreich. Zu berücksichtigen ist hierbei aber, dass diese Portale wegen des Rechtsdienstleistungsgesetzes selbst keine Beratung durchführen dürfen und ausweislich ihrer eigenen AGB die Haftung begrenzen.

Lässt sich demgegenüber ein Unternehmen von einem Rechtsanwalt AGB erstellen und entsprechen diese zum Zeitpunkt der Erstellung nicht mehr der aktuellen Rechtslage, haftet der Rechtsanwalt nicht nur für die daraus entstehenden Schäden. Seine Haftung wird auch durch eine Berufshaftpflichtversicherung abgesichert, die durch Gesetz Schäden mindestens in Höhe von 250.000 Euro abdeckt. Im IT-Bereich und bei gewerblichem Rechtschutz sind sogar Deckungssummen von einer Million Euro und mehr üblich.

Jeder, der AGB verwenden möchte, muss daher in einer Kosten-Nutzen-Abwägung entscheiden, ob ihm nicht individualisierte AGB ausreichen oder ob er das mit höheren Kosten verbundene "Rundumsorglospaket" wählt, dafür aber kein Risiko eingeht.

Regelmäßig aktualisieren

Abschließend ist auch zu beachten, dass AGB in regelmäßigen Abständen gegen die aktuelle Rechtsprechung geprüft werden sollten. Wenngleich nicht jede Entscheidung eines Landgerichts gleich zu einer Änderung der AGB führen muss, erhöht sich durch den sogenannten "fliegenden Gerichtsstand" bei Rechtsprechungsänderungen die Gefahr einer Inanspruchnahme. Obergerichtliche und höchstrichterliche Entscheidungen sollten jedoch stets berücksichtigt werden.

Was müssen Sie beachten?

- Vertragstexte, also auch AGB, können urheberrechtlich geschützt sein.
- Mustertexte müssen meist an die Abläufe im eigenen Geschäft angepasst werden.
- Wenn AGB von einem Anwalt formuliert werden, haftet dieser für ihre Richtigkeit.
- Es ist sinnvoll, die AGB in regelmäßigen Abständen an die aktuelle Rechtsprechung anzupassen. Sonst drohen Abmahnungen.

2. Voraussichtliche Lieferzeiten zulässig

Internet World Business 16-2008, Seite 10

Das LG Frankfurt wies eine Klage auf Zahlung einer Vertragsstrafe aus einer Unterwerfungsvereinbarung wegen Verwendung der Klausel "Angaben über die Lieferfrist verstehen sich als voraussichtliche Lieferzeiten" mangels Verstoßes gegen die Unterwerfungsvereinbarung, aber auch gegen AGB-Recht ab. Die Verwendung dieser Formulierung, so das Gericht, verstoße nicht gegen eine zuvor abgegebene Unterlassungserklärung hinsichtlich der Klausel "Liefertermine sind nur bindend, wenn diese schriftlich von uns zugesagt werden" (Az.: 2–31 O 128/07).

Mit Blick auf die in der Literatur als wirksam angesehenen "Circa-Fristen" stellten die Richter fest, dass kein Unterschied zwischen Circa-Fristen und "voraussichtlichen Lieferzeiten" ausgemacht werden könne.

Praxistipp:

Der Fall illustriert, dass das Abmahnunwesen nach wie vor die Gerichte der Republik beschäftigt. Gibt ein Online-Anbieter eine unbedingte Unterlassungserklärung hinsichtlich einer Klausel ab, muss er sehr genau die Formulierung der Klausel überprüfen, welche diese ersetzt, da bei Verstoß grundsätzlich Vertragsstrafen fällig werden. Der Verwender einer Klausel kann davon ausgehen, dass Dauerabmahner Formulierungsschwächen zum Anlass für erneute Verfahren nehmen werden.

3. Kein Wertersatz für mangelhafte Lieferung

Internet World Business 10-2008, Seite 10

Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass ein Verkäufer bei Lieferung eines defekten Geräts keinen Wertersatz für die Nutzungszeit bis zum Austausch durch ein vertragsgemäßes Gerät verlangen kann (Az.: C-404/06).

Der Europäische Gerichtshof hatte vom BGH die Frage vorgelegt bekommen, ob ein Verbraucher bei der Nutzung eines "Herd-Sets" über rund eineinhalb Jahre die bis zum Defekt gezogenen Vorteile zu vergüten habe.

Das in Luxemburg ansässige Gericht erteilte diesem Begehren des Versandhauses Quelle eine Absage und stellte fest: "Wenn der Verkäufer ein vertragswidriges Verbrauchsgut liefert, erfüllt er die Verpflichtung, die er im Kaufvertrag eingegangen ist, nicht ordnungsgemäß und muss daher die Folgen dieser Schlechterfüllung tragen."

Praxistipp:

Für die Praxis bedeutet diese Entscheidung mittelbar, dass undifferenzierte Wertersatzklauseln in AGB im Falle der Nachlieferung bei einem defekten Gerät unwirksam und damit (zukünftig) abmahnfähig sein können. Offen bleibt nach diesem Urteil auch, ob bei Widerruf eines Fernabsatzgeschäfts die bis dahin durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme eingetretene Verschlechterung ersatzpflichtig bleibt, also mit dem Recht der Europäischen Gemeinschaft vereinbar ist.

4. „Verkauf nur an Gewerbetreibende“ muss deutlich sein

Internet World Business 09-2008, Seite 10

Das OLG Hamm verurteilte einen gewerblichen Ebay-Anbieter zur Unterlassung, weil dieser nicht hinreichend klar auf einen Verkauf nur an Gewerbetreibende

hingewiesen habe, sodass die fehlende Belehrung über das Widerrufsrecht gegenüber Verbrauchern beanstandet wurde (Az.: 4 U 196/07).

Eine Verkaufsbeschränkung nur an Gewerbetreibende durch AGB ist grundsätzlich zulässig, die Verbraucherschutzregelung kann dann entfallen. Voraussetzung dafür, so die Richter, sei indes, dass die Beschränkung "im Angebot selbst an hervorgehobener Stelle vorangestellt oder jedenfalls in eine entsprechende Rubrik zum Vertragsschluss eingebettet" würde. Im vorliegenden Fall war die Klausel an einer Stelle eingefügt, die mit dem Kaufadressaten und dem Abschluss des Vertrags selbst überhaupt nichts zu tun hatte, sodass es an einem ausreichend klaren Verweis mangelte. Demnach gelten die Vorschriften zum Widerrufsrecht.

Praxistipp:

Wer nur an Gewerbetreibende verkaufen möchte, muss dies auf seiner Website oder in seinem Ebay-Angebot hinreichend klar und gut wahrnehmbar kommunizieren. Bestellt dann ein Verbraucher entgegen dieser Beschränkung, kann dieser sich nicht auf die Vorschriften zum Verbrauchsgüterkauf berufen.

5. Streitwert bei Standardfehlern in AGB

Internet World Business 02-2008, Seite 10

Das Oberlandesgericht Celle hat im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens den Streitwert wegen einer nicht den Anforderungen entsprechenden Widerrufsbelehrung mit einem "Richtwert" von 3.000 Euro festgesetzt (Az.: 13 W 112/07).

Die Richter bewerteten in ihrer Urteilsbegründung die fehlerhafte Widerrufsbelehrung als "einen häufig vorkommenden Standardfehler in den im Internet verwendeten Widerrufsbelehrungen". Außerdem stellten sie fest: "Diesbezügliche Abmahnungen sind einfachen Charakters, da sie sich aus verschiedenen Textbausteinen zusammensetzen. Die Abmahnungen in diesem Bereich wiederholen sich in einer Vielzahl von ähnlich gelagerten Fällen und müssen, wenn überhaupt, nur geringfügig angepasst werden."

Praxistipp:

Wer (immer noch) eine fehlerhafte Widerrufsbelehrung verwendet, wird an einer Unterlassungserklärung regelmäßig nicht vorbeikommen. Die teilweise empfindlichen Kostennoten durch überhöhte Streitwerte können indes mit Blick auf diese Entscheidung durch eine modifizierte Unterlassungserklärung reduziert werden. Das OLG Hamburg (Az.: 3 W 189/07) nahm bei Verwendung einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung bereits einen ähnlich niedrigen Streitwert von 5.000 Euro an.

6. Hinsendekosten müssen erstattet werden

Internet World Business 25-2007, Seite 10

Das OLG Karlsruhe verurteilte den Versandhändler Heine im Zuge einer Musterklage des Verbraucherverbandes NRW, es zu unterlassen, bei Fernabsatzgeschäften nach Ausübung des Widerrufs- bzw. Rückgaberechts (§§ 355, 356 BGB) die Kosten für die Hinsendung der Waren (Versandkostenpauschale) zu verlangen oder bei bereits erfolgter Zahlung durch den Verbraucher nicht zu erstatten (Az.: 15 U 226/06).

Im konkreten Fall ging es um die bis dahin wenig behandelte Frage, wer im Falle des Widerrufs nicht nur die Rücksendekosten, sondern auch die Hinsendekosten zu tragen hat.

Anders als bei den spezifischen Regelungen der §§ 355 ff. BGB, die in § 357 Abs. 2 eine Überwälzung der Rücksendekosten zulassen, wenn der Preis der zurückzusendenden Ware den Betrag von 40 Euro nicht übersteigt, finden sich dort keine Regelungen für die Hinsendekosten.

Die Karlsruher Richter orientierten sich an der EU-Fernabsatzrichtlinie (Richtlinie 97/7/EG), wonach "die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können", die unmittelbaren Kosten der Rücksendung seien. Schließlich solle diese Richtlinie den Verbraucher vor den Risiken schützen, die ihm daraus entstünden, dass er die Ware vor dem Kauf nicht in Augenschein nehmen kann.

7. Widerrufsrecht und kein Ende

Internet World Business 24-2007, Seite 10

Durch eine Vielzahl von Gerichtsentscheidungen verunsichert, bemühen sich Online-Anbieter eine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Widerrufsbelehrung bereitzustellen. Einige Gerichte hatten bereits entschieden, dass selbst die Verwendung des Mustertextes gemäß Anlage 2 zu § 14 BGB-InfoV rechtswidrig und damit wettbewerbswidrig sein kann (OLG Hamm, Az.: 4 W 1/07; KG Berlin, Az.: 5 W 295/05; LG Köln, Az.: 31 O 13/07). Demgegenüber entschieden andere Gerichte (LG Münster, Az.: 24 O 96/06; LG Flensburg, Az.: 6 O 107/06), dass bei Einhalten der Musterbelehrung kein Wettbewerbsverstoß festzustellen sei.

Jetzt hatte sich das OLG Hamburg (Az.: 5 W 129/07) mit einer Klausel zu befassen, wonach die Widerrufsfrist "frühestens mit Erhalt dieser Belehrung" zu laufen beginnen soll. Die Richter des 5. Senats hoben das erstinstanzliche Urteil auf und entschieden, dass zwar für den Fristbeginn auch die Lieferung der Ware erforderlich sei, ein erheblicher Wettbewerbsverstoß sei jedoch nicht gegeben, da sich der Anbieter an den Mustertext gehalten habe. Die Begründung: Es würde eine Überspannung der Pflichten eines Gewerbetreibenden darstellen, "wenn man verlangen wollte, dass er in dem überaus komplizierten und verschachtelten Fernabsatzrecht klüger sein soll als der Gesetzgeber".

8. Unwirksame AGB nicht grundsätzlich abmahnfähig

Internet World Business 14-2007, Seite 10

Das OLG Köln wies die Berufung eines Klägers zurück, der wegen der Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) einen Mitbewerber auf Unterlassung in Anspruch genommen hatte (Az.: 6 U 249/06). Anders als derzeit das Kammergericht Berlin (Az.: 33 O 272/06) stellten die Kölner Richter fest, dass die Vertragsvorschriften des Bürgerlichen Rechts "grundsätzlich nur die individuellen Interessen der Vertragspartners" schützen. Eine Wettbewerbsbezogenheit bei einem Verstoß gegen die Bestimmungen der §§ 305 ff. BGB läge ausnahmsweise nur dann vor, wenn beispielsweise eine Nähe zu gesetzlichen Informationspflichten – wie z.B. dem Widerrufsrecht – besteht oder unangemessene Formularklauseln existieren, die sich unmittelbar auf ein Wettbewerbsverhalten des Verwenders (wie z.B. Telefonwerbung) beziehen. Demgegenüber bewerteten die Kölner Richter die nach AGB-Recht unzulässigen Schriftformklauseln nur mit Blick auf die Vertragsabwicklung für relevant: "Ein Verstoß gegen eine das Marktverhalten regelnde Vorschrift steht hier gleichwohl nicht in Rede."

Praxistipp:

Im Gegensatz zu Wettbewerbern können Verbraucherschutzorganisationen auch solche unwirksamen AGB-Klauseln abmahnen, die nicht wettbewerbsbezogen sind. Die Kosten hierfür sind jedoch in der Regel deutlich niedriger.

9. Dauerbrenner Widerrufsrecht bei Ebay

Internet World Business 03-2007, Seite 8

Nachdem das Oberlandesgericht Hamburg und das Kammergericht Berlin – wie berichtet – das 14-tägige Widerrufsrecht als rechtswidrig einstuften und demgegenüber von einem einmonatigen Widerrufsrecht ausgehen, entschied nunmehr das Landgericht Paderborn, dass die Belehrung über ein Widerrufsrecht von 14 Tagen ausreichend sei. Gegen die insbesondere in der Berliner Entscheidung vertretene Auffassung, wonach die über eine Internetseite kommunizierte Widerrufsbelehrung keine Textform im Sinne des § 126b BGB darstelle, weil es an einer dauerhaften Wiedergabe der Schriftzeichen fehle, sah das Paderborner Gericht das Textformerfordernis als erfüllt an. Insbesondere habe der Verbraucher doch die Möglichkeit, die Widerrufsbelehrung zu speichern und auszudrucken, wodurch dessen "Schutzbedürfnis an einer dauerhaften Verfügbarkeit der Information (É) hinreichend Rechnung getragen" würde. Im Übrigen bliebe das Angebot nach Zuschlag noch 90 Tage auf der Ebay-Plattform gespeichert und damit für den Verbraucher abrufbar.

Praxistipp:

Bis zur Klärung durch den BGH bleibt die Rechtsfrage spannend. Ebay-Anbieter, die weniger als einen Monat Widerrufsfrist einräumen, gehen derzeit ein erhebliches Risiko ein, eine Abmahnung zu erhalten.

10. Vorsicht bei elektronischen Rechnungen

Internet World Business, 16/06, Seite 6

Zwischen zwei Vertragsparteien wurde durch die Einbeziehung der AGB die Rechnungsübermittlung per E-Mail vereinbart. Die Beklagte versendete ihre Rechnungen zunächst im PDF-Format, indes ohne qualifizierte elektronische Signatur. Nachdem dies die Klägerin beanstandete, weil ihr dadurch der Vorsteuerabzug gemäß § 15 UStG aus elektronischen Rechnungen verwehrt sei, übermittelte die Beklagte nachträglich die Rechnungsbelege auf Papier. Hiergegen wandte sich die Klägerin, da durch Papierübermittlung der Rechnung bei der Bearbeitung Mehrkosten entstünden. Die Klägerin verklagte daraufhin erfolgreich die Beklagte auf Übermittlung elektronischer Rechnungen mit qualifizierter Signatur. Das Amtsgericht Brühl (Az.: 21 C 612/05) bejahte den diesbezüglichen Anspruch aufgrund der geltenden Rechtslage, wonach elektronisch übermittelte Rechnungen gemäß § 14 Abs. 3 UStG eine qualifizierte elektronische Signatur tragen müssen. Soweit die Übermittlung elektronischer Rechnungen vereinbart sei, genüge daher nur die Übermittlung einer entsprechend gesetzeskonform signierten Signatur.

Praxistipp:

Wenn Sie im B2B-Handel Rechnungen per E-Mail versenden, müssen Sie sich so schnell wie möglich um eine qualifizierte elektronische Signatur kümmern.

11. AGB müssen lesbar sein

Internet World Business, 10/06, Seite 12

Wie klein das "Kleingedruckte" sein darf, wurde unlängst vor Gericht geklärt. Das Landgericht Bonn verurteilte die Deutsche Telekom wegen der Verwendung zu klein gedruckter Geschäftsbedingungen. Die Richter stellten fest, dass im Zusammenhang mit dem Angebot preiswerter Mobiltelefone und Endgeräte ein winziger Fußnotentext von 4,5 Punkt nicht die Anforderungen an das Transparenzgebot erfülle und der Nutzer durch das schlecht zu lesende "Kleingedruckte" bei der Werbung irregeführt würde (Az.: 11 O 9/06). Zum Vergleich: Dieser Text ist in einer Größe von zehn Punkt gedruckt, die bemängelte Schrift war also weniger als halb so groß.

Diese Entscheidung ist auch für den Online-Bereich relevant, da auch hier gleichsam der Grundsatz der Transparenz von Preis und Leistung gilt. Versucht somit ein Online-Anbieter ein auf den ersten Blick günstiges Angebot durch einen Sternchenhinweis (*) oder sonstige Verweise dadurch zu relativieren, dass in kleiner Schrift weitere Kosten angegeben werden, die hinzuzurechnen sind, dürfte auch dies wettbewerbswidrig sein.

Nicht zuletzt wegen der hohen Transparenz von Online-Angeboten für Mitbewerber und reger Abmahntätigkeit sei jedem Anbieter daher die Überprüfung seiner AGB nicht nur auf Inhalt, sondern auch auf Form angeraten.

12. Widerrufsbelehrung bei eBay-Angeboten

Internet World Business, 14/05, Seite 12

Das OLG Hamm verurteilte einen eBay-Händler wegen einer nicht ohne weiteres erreichbaren Widerrufsbelehrung auf Antrag eines Mitbewerbers (Az.: 7 U 169/04).

Urteilsanalyse

Die Richter urteilten, dass eine Widerrufsbelehrung, die erst über die „Mich“-Seite“ und von dort aus über „Angaben zum Verkäufer“ zu erreichen ist, nicht den gesetzlichen Anforderungen entspräche. Da es sich bei diesen Informationspflichten gleichzeitig um eine so genannte verbraucherschützende Norm handelt, stelle ein Verstoß dagegen gleichzeitig eine Wettbewerbsverletzung dar.

Praxistipp

Derzeit umstritten ist in der Rechtsprechung, ob bereits auf der Seite des eBay-Angebots die entsprechende Belehrung zu erfolgen hat oder dies auch auf einer verlinkten Unterseite möglich ist. Das Landgericht Traunstein hat jüngst nämlich gerade gegenteilig entschieden und eine erst über das Impressum erreichbare Widerrufsbelehrung für ausreichend gehalten (Az.: 1 HK 5016/04).

Für die Praxis bedeutet diese unklare Jurisdiktion, das Risiko zu minimieren und der strengsten Rechtsprechung zu genügen, so dass eine Belehrung auf der Angebotsseite erfolgen sollte. Nach diesseitiger Ansicht dürfte indes ein deutlich sichtbarer und eindeutig gekennzeichneter Link ausreichen; dies bleibt aber noch höchstrichterlich zu klären.

13. 3, 2 , 1 ...dein? Meins?

internet WOLRD 01/05, Seite 18

Widerrufsrecht auch bei gewerblichen Internet-Auktionen,

Verbraucherschutz auch bei Online-Auktionen

Der Bundesgerichtshof (BGH) entschied mit Urteil vom 3.11.2004, dass auch für Internet-Auktionen gewerblicher Anbieter das Widerrufsrecht gem. § 312 d Abs. 1 BGB zu Gunsten von Verbrauchern gilt (Az. VIII ZR 375/03).

Urteilsanalyse

Im zu entscheidenden Fall ging es um ein Diamant-Armband mit Industriediamanten und plattierter Goldauflage, das dem Bieter nicht gefiel. Der Bieter widerrief daraufhin den Vertrag und verweigerte die Abnahme und Bezahlung des Armbands. Der Händler verklagte den Bieter auf Zahlung des Kaufpreises, blieb jedoch in allen Instanzen erfolglos.

Der BGH bestätigt mit seinem Urteil die bereits in der juristischen Literatur vertretene Auffassung wonach das Fernabsatzrecht und damit das Widerrufsrecht auch bei Internet-Auktionen gewerblicher Anbieter Anwendung findet. Im konkreten Fall war angesichts der eindeutigen Händlereigenschaft des Anbieters nicht zu entscheiden, ab wann ein gewerblicher Verkauf vorliegt.

Praxistipp:

Nicht geändert hat sich, dass Privatverkäufer dem Widerrufsrecht nicht ausgesetzt sind. Demgegenüber müssen sich gewerbliche Anbieter einer Online-Auktion spätestens jetzt auf sämtliche Pflichten einrichten, die auch für Internet-Shops gelten. Folglich sind die Angaben zur Anbieterkennzeichnung, vor allem die Belehrung über Widerrufs- oder Rückgaberechte nach §§ 312c ff. BGB in Verbindung mit der BGB-InformationsV tunlichst unmittelbar auf der jeweiligen Angebotsseite der Auktion aufzunehmen, da Vorabinformationen vor Vertragsschluss erteilt werden müssen (OLG Frankfurt, Az.: 6 W 37/01). Diese Erfordernisse galten ohnehin schon für Angebote, die die „Sofort-kaufen"-Option enthielten (LG Memmingen, Az. 1 H O 1016/04).

Rechtsfolge einer unterlassenen Belehrung ist nicht nur, dass das Widerrufsrecht unbefristet ausgeübt werden kann, sondern auch die Gefahr einer Abmahnung besteht. Ein Verstoß gegen fernabsatzrechtliche Informationspflichten stellt gleichzeitig einen Wettbewerbsverstoß dar (BGH GRUR 2002, 720).

Jeweils nach dem Einzelfall zu beurteilen bleibt, ab wann die Unternehmereigenschaft vorliegt. Der Unternehmerbegriff in § 14 BGB setzt eine planvolle, auf gewisse Dauer angelegte, selbständige und wirtschaftliche Tätigkeit voraus. Das LG Hof stellte diesbezüglich fest, dass eine Vielzahl von Geschäften über Internetauktionen „noch nicht die Annahme einer gewerblichen Tätigkeit" rechtfertigt, „solange die planmäßige Ausrichtung des Tätigwerdens nicht dargetan ist" (Az. 22 S 28/03). In einem anderen Fall bejahte das OLG Frankfurt die Gewerblichkeit bei ungefähr 270 Bewertungen innerhalb von neun Monaten und einem eigenen Online-Shop (Az. 6 W 80/04).

Es dürfte daher darauf ankommen, welche Art von Auktionen mit welchem Inhalt durchgeführt wird. Löst jemand etwa seinen Haushalt auf, werden auch 50 Auktionen in kurzer Zeit kaum als gewerblich einzustufen sein. Im Unterschied dazu dürfte bereits das erste Angebot eines Händlers als gewerblich eingestuft werden.

II. Domainrecht

1. Marken als Waffe

Internet World Business 23/2011, Seite 32

Wie man sich gegen markenrechtliche Angriffe auf Domains wehrt

Das Bestreben eines jeden Unternehmers ist es, sich von anderen abzuheben – sei es durch herausragende Leistungen, sei es durch ein griffiges Markenzeichen. Eine gewisse Attraktivität, nicht zuletzt auch im Hinblick auf Google-Suchanfragen, genießen dabei möglichst generische Domains, die die Chance verbessern, zu bestimmten Begriffen gefunden zu werden. Gleichzeitig wird allerdings immer wieder versucht, solch generische Bezeichnungen zu monopolisieren, um einen Vorsprung gegenüber Mitbewerbern zu haben.

Eine „klassische" Vorgehensweise: die Anmeldung von generischen Bezeichnungen als Marken, die als solche für den jeweiligen Waren-oder Dienstleistungsbereich nicht eintragungsfähig sind. Um solche Schutzhindernisse zu überwinden, werden daher Begriffe für mit diesen nicht zusammenhängende Waren registriert – zum Beispiel die Marke „Fliesen24" für Bartfärbemittel.

Außerdem werden solche generischen Zeichenfolgen als Wort-/Bildmarke angemeldet, um den Eindruck zu erwecken, dass auch die Wortfolge einen entsprechenden Schutz aufweist. Mittels einer solchen Marke wird dann ein Mitbewerber aufgefordert, die Nutzung einer mit einer Marke identischen oder ähnlichen Domain zu unterlassen.

Beispielsweise versuchte der Zweckverband Rheingau die Verwendung der Domain „rheingau", insbesondere aus der Marke „Kulturland Rheingau", zu untersagen. Nicht nur das Landgericht Frankfurt erteilte dem eine Absage. Auch das Deutsche Patent- und Markenamt stellte auf einen Löschungsantrag der Wort-/Bildmarke „Kulturland Rheingau" fest, dass „der Wortbestandteil der angegriffenen Marke in Alleinstellung als Herkunftsangabe für sämtliche Waren und Dienstleistungen glatt beschreibend" – also kein schutzfähiger Markenbegriff ist.

Mit dem gleichen Vorgehensmuster meinte der Inhaber der Wortmarke „Fliesen24", gegen die Domain „fliesen24.de" vorgehen zu können. Die Wortmarke „Fliesen24" wurde allerdings nicht für Fliesen eingetragen, sondern für eine Vielzahl anderer Waren wie zum Beispiel Abschminkmittel oder Raketenabschussrampen. Auf eine entsprechende Klage des Markeninhabers hin erteilte das Landgericht Hamburg im Oktober 2011 dieser eine klare Absage und führte aus, der Inhaber einer Marke dürfe einem Dritten nicht verbieten, „Angaben über die Art, die Beschaffenheit oder über andere Merkmale der Dienstleistung zu benutzen, sofern die Benutzung den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel entspricht".

Als Praxistipp kann hier an die Hand gegeben werden, dass bei einer solchen markenrechtlichen Abmahnung zunächst einmal geprüft werden sollte, ob überhaupt eine Verwechslungsgefahr vorliegt. Diese scheidet bereits aus, wenn die Marke für andere Waren oder Dienstleistungen eingetragen ist als für die, für die die Domain

benutzt wird. Soweit die Abmahnung offensichtlich unrechtmäßig ist, können die Anwaltskosten der außergerichtlichen Rechtsverteidigung gegebenenfalls nach den Rechtsgrundsätzen der ungerechtfertigten Schutzrechtsverwarnung geltend gemacht werden (LG Bochum, Az.: 13 O 130/07). Da die Instanzgerichte teilweise etwas zurückhaltend mit der Erstattung der Kosten der Gegenabmahnung sind, empfiehlt es sich bei klarer Rechtslage, unmittelbar negative Feststellungsklage zu erheben, da dann der Abmahnende in jedem Falle die Prozesskosten wegen der ungerechtfertigten Abmahnung zu tragen hat.

2. Domain-Streit grenzenlos

internet WOLRD 23-2010, Seite 36

Wie Sie markenrechtliche Ansprüche auf internationale Domains durchsetzen können

Statt Klage vor nationalen Gerichten: Das UDRP-Verfahren hilft bei Domain-Streitigkeiten

Über 100 Millionen Internet-Domains wurden bislang registriert – was tun, wenn der eigene Markenname "gegrabbt" wurde? Während bei Streitigkeiten um .de-Domains nur Gerichtsverfahren in Betracht kommen, lassen sich Auseinandersetzungen bei Domains mit .com-, .net- oder .org-Endung in einem Schlichtungsverfahren vor der "World Intellectual Property Organisation" (WIPO) erledigen. Grundlage hierfür ist die "Uniform Domain Dispute Resolution Policy" (UDRP).

Bei einer .de-Domain kann man über einen Dispute-Eintrag bei der Denic erreichen, dass die Domain nicht mehr übertragen werden kann. Länderübergreifend gibt es eine solche Einrichtung jedoch nicht. Eine erwünschte Blockade der Domain erfolgt erst durch die Einleitung des UDRP-Verfahrens. Dieses ist bei einer Verfahrensdauer von knapp zwei Monaten eine sinnvolle Alternative zu langwierigen Prozessen vor den jeweiligen nationalen Gerichten.

Eine Besonderheit des UDRP-Verfahrens besteht darin, dass eine Übertragung der Domain ("Transfer") verlangt werden kann. Nach dem deutschen Markengesetz kann normalerweise nur eine Unterlassung der Domain-Nutzung erreicht werden. Eine Durchsetzung von Ansprüchen auf Löschung oder Übertragung der Domain ist nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen erfolgreich. Die zweite Besonderheit liegt darin, dass auch gegen Domain-Inhaber vorgegangen werden kann, wenn in deren Land kein Namens- oder Kennzeichenschutz existiert.

Eine wesentliche Rolle spielt der bei der WIPO (auch elektronisch) einzureichende Antrag ("Complaint"). Er ist für den Antragsteller die einzige Möglichkeit, sich in dem UDRP-Verfahren zu der Sache zu äußern. Es gibt keine mündliche Verhandlung und normalerweise auch keine zweite Möglichkeit, Stellung zu nehmen.

Folgende Voraussetzungen müssen in der Antragsschrift belegt werden, um einen eigenen Anspruch auf eine fremde Domain erfolgreich zu begründen:

1. Die Domain ist identisch oder zum Verwechseln ähnlich mit einem Kennzeichenrecht des Antragstellers,<

2. der bisherige Domain-Inhaber hat kein eigenes Recht oder kein legitimes Interesse an der Domain und<

3. der Inhaber hat die Domain in böser Absicht ("Bad Faith") registriert und benutzt diese auch für ein solches Ziel.<

Was ist böse Absicht?

Bad Faith liegt beispielsweise dann vor, wenn:

- dem Gegner nachgewiesen werden kann, dass er die Domain ausschließlich zum Zwecke der Behinderung eines Mitbewerbers registriert hat, oder<
- die Domain nur zu dem Zweck registriert wurde, sie an den Markeninhaber zu verkaufen.<

Entscheidend für den Nachweis von Bad Faith sind Indizien, etwa die Nutzung von Privacy-Services bei der Registrierung oder Forderungen von 50.000 US-Dollar für die Übertragung einer Domain, deren Wert nur durch die Assoziation mit einer Marke entstanden ist. Es empfiehlt sich, möglichst viele Indizien für das Vorliegen von Bad Faith zu sammeln. Es lohnt sich auch, Recherchen zum Gegner durchzuführen – nicht selten ist er bereits als Domain-Grabber in anderen Verfahren in Erscheinung getreten. Sinnvoll ist es hier andere UDRP-Entscheidungen zu zitieren und vorab sämtliche Beweise zu sichern.

Die Gebühr für ein UDRP-Verfahren beträgt bei Streitigkeiten über bis zu fünf Domains bei einem Schiedsrichter 1.500 US-Dollar (die immer zu bezahlen sind), bei einem dreiköpfigen Schiedsrichtergremium 4.000 US-Dollar.

3. Wege zur Domain

Internet World Business 07-2009, Seite 30

Was man bei der Durchsetzung domainrechtlicher Ansprüche beachten muss

Streitigkeiten wegen .eu-Domains werden vor dem ADR-Schiedsgericht entschieden

Wenn gegen die Registrierung einer Domain vorgegangen wird, handelt es sich meist um markenrechtliche Tatbestände. Ansprüche können sowohl aus einer eingetragenen Marke als auch aus einem Unternehmenskennzeichen geltend gemacht werden, wenn die Domain ähnlich oder identisch ist. Wird die strittige Domain nicht geschäftsmäßig genutzt, schließt dies die Anwendung des Markenrechts aus. Allerdings kommt hier das Namensrecht gemäß § 12 BGB in Betracht. Bei berühmten Kennzeichen gilt auch der Schutz vor Rufausbeutung, zu beachten etwa bei Tippfehlerdomains.

So gehen Sie vor

Nachdem Domaininhaber und Admin-C identifiziert wurden – zum Beispiel durch eine WHOIS-Abfrage bei der Denic –, kommt es darauf an, ob es sich um eine .de- oder eine internationale Domain handelt. Bei .de-Domains lässt sich eine Übertragung der Domain auf Dritte durch Beantragung eines Dispute-Eintrags bei der Denic verhindern. Im internationalen Bereich gilt es zu entscheiden, ob im Wege der Abmahnung vorgegangen oder entsprechende ADR- (EU-Domains) oder UDRP-Verfahren (WIPO) eingeleitet werden sollen.

Die Einleitung dieser Verfahren vor der jeweiligen Schiedsstelle führt dazu, dass der Domaininhaber die Domain nicht mehr übertragen kann. Im Falle einer einfachen Abmahnung besteht dagegen immer die Möglichkeit der Übertragung auf Dritte, sodass das "Hase-und-Igel-Spiel" weitergeführt würde. Jedes Unternehmen muss sich daher mit den entsprechenden Kosten und Risiken sowie der Bedeutung der Domain für sein Unternehmen auseinandersetzen.

Für chinesische Domains (.cn) gilt darüber hinaus die Besonderheit, dass ein Schiedsgerichtsverfahren nur bis zum Ablauf von zwei Jahren nach Registrierung der Domain eingeleitet werden kann. Danach kann auch der internationale Kennzeicheninhaber für China keine Rechte beanspruchen, sondern muss die Übertragung von Domains verhandeln. Festzustellen ist, dass die chinesischen Domaingrabber bereits "internationalen Standard" erreicht haben.

Geht es um eine .de-Domain und ist der Dispute-Eintrag durch die Denic bestätigt, kann eine Abmahnung des Inhabers – möglichst auch des Admin-C – erfolgen. Häufig stellt sich aber heraus, dass die nicht in Deutschland ansässigen angeblichen Domaininhaber nicht erreicht werden können. Von Bedeutung ist daher die bisherige uneinheitliche Rechtsprechung zur Haftung des Admin-C.

Das LG Stuttgart entschied, dass "die zur Verfügungstellung als Admin-C für ein ausländisches Unternehmen keinen untergeordneten Tatbeitrag darstellt", und bejahte die Zahlung von Abmahnkosten (Az.: 41 O 101/08 KfH); das OLG Düsseldorf verneinte dagegen eine Verantwortlichkeit (Az.: I-20 U 1/08).

Manchmal ist der Admin-C auch ein in Deutschland kurzfristig gemeldeter Wanderarbeiter – oder überhaupt nicht existent. Hier ist der Denic nachzuweisen, dass Abmahnungen nicht zustellbar sind, was durch Schreiben mit "Empfänger unbekannt" und einer Bestätigung des Einwohnermeldeamts erfolgen kann.

Danach – aber auch bei Löschungserklärung des Abgemahnten – wird dem im Dispute Eingetragenen automatisch die Domain übertragen.

Bei wichtigen Domains ist im internationalen Bereich die Durchführung eines ADR-respektive eines UDRP-Verfahrens zu empfehlen. Das Verfahren ist zwar etwas komplex und an formelle Voraussetzungen geknüpft, bietet aber im Unterschied zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung nicht nur ein schnelles Verfahren; die Entscheidung eines UDRP-Verfahrens führt – anders als bei ordentlichen nationalen Gerichten – regelmäßig zur Unterlassung der Registrierung, also zum Erfordernis der Neuregistrierung durch den Rechteinhaber, sowie zur unmittelbaren Übertragung der Domain.

Das sollten Sie beachten:

- Ansprechpartner für .de-Domains: Die deutsche Internet-Registry Denic (www.denic.de).
- Für Streitigkeiten rund um .eu-Domains gibt es das ADR-Schiedsverfahren.
- Für alle anderen Domains ist ein UDPR-Verfahren vor der WIPO in Genf erforderlich.

4. Wer zuerst kommt...?

Internet World Business 23-2008, Seite 10

Bei Domainregistrierung vor Kennzeichenrecht ist Interessenabwägung erforderlich

Die Regeln der deutschen Domain-Registry Denic für die Registrierung von Domains bergen immer wieder Konfliktpotenzial bezüglich des Kennzeichen- und Markenrechts. Schließlich laufen die Prozesse der Domainregistrierung und der Eintragung einer Marke komplett unabhängig voneinander ab. Wer eine Domain besitzt, dem müssen nicht unbedingt die dazugehörigen Markenrechte gehören – und umgekehrt. Unlängst hatte sich der Bundesgerichtshof (BGH) mit der Frage zu befassen, ob der Inhaber der im Jahr 2000 registrierten Domain Afilias.de wegen Verletzung eines erst danach entstandenen Kennzeichenrechts in Anspruch genommen werden kann (Urteil vom 24. April 2008, Az.: I ZR 159/05). Klägerin war die Afilias Limited, das Konsortium, das die .info-Domain verwaltet. Als Konsortium trat Affilias erstmals im September 2000 in Erscheinung, die Eintragung in das irische Handelsregister erfolgte im Februar 2001. Der Beklagte hatte die strittige Domain Afilias.de im Oktober 2000 registriert, er plante den Aufbau eines Partnerprogramms. Seit 2003 ist er zudem Inhaber der nationalen Wortmarke "Afilias".

Zunächst gilt bei verwechslungsfähigen Kennzeichenrechten im geschäftlichen Verkehr, dass sich die Ansprüche nach dem jeweiligen Prioritätsrecht richten.

Scheidet das Markenrecht aus, lassen sich Ansprüche auf das Namensrecht durch die Anwendung von Paragraf 12 BGB regeln. Ein Anspruch auf Freigabe der Domain besteht somit dann, "wenn ein Dritter unbefugt den gleichen Namen gebraucht, dadurch eine Zuordnungsverwirrung eintritt und schutzwürdige Interessen des Namensträgers verletzt werden".

Der BGH macht nun Ansprüche aufgrund einer etwaigen Namensrechtsverletzung von einer Interessenabwägung abhängig. Wenngleich der Nichtberechtigte selten schützenswerte Belange anführen kann, stellten die Richter fest, dass es von dieser Regel Ausnahmen gibt.

Die erste Ausnahme greift dann, wenn eine Domainregistrierung "nur der erste Schritt im Zuge der – für sich genommen rechtlich unbedenklichen – Aufnahme einer entsprechenden Benutzung als Unternehmenskennzeichen ist". Dieses Vorgehen entspräche der vernünftigen kaufmännischen Praxis, wonach bereits vor Benutzungsaufnahme der entsprechende Domainname zu sichern ist. Hieran fehlte es im vorliegenden Fall. Die zweite Ausnahme besteht nach Auffassung der Richter,

wenn Kennzeichen- beziehungsweise Namensrechte des Berechtigten erst nach Registrierung der Domain entstanden sind. Dann sei eine Interessenabwägung erforderlich.

Urteilsanalyse und Praxistipp

Eine Domainregistrierung eines mit einem anderen Unternehmen identischen oder ähnlichen Kennzeichens ist dann zulässig, wenn die unmittelbar bevorstehende Benutzungsaufnahme in einem anderen Tätigkeitsfeld zu keiner Verwechslungsgefahr im markenrechtlichen Sinne führt, da "der Inhaber eines identischen Unternehmenskennzeichens im Allgemeinen nicht verhindern kann, dass in einer anderen Branche durch Benutzungsaufnahme ein Kennzeichenrecht an den gleichen Zeichen entsteht". Die Domainregistrierung muss daher mit der Benutzungsaufnahme in angemessenem zeitlichen Rahmen liegen. Um dennoch hier bereits vom Zeitpunkt her einen Prioritätsanspruch anzumelden, empfiehlt sich – nach entsprechender Markenrecherche – eine zeitgleiche Markenanmeldung.

Die nach dem BGH vorzunehmende Interessenabwägung im Falle einer vor dem Entstehen des Kennzeichenrechts erfolgten Domainregistrierung soll jedenfalls dann zu einer Abwägung zum Nachteil des Domaininhabers führen, wenn ein Domainname ohne ernsthaften Benutzungswillen registriert wird, um diesen vom Inhaber eines entsprechenden Kennzeichenrechts oder Namensrechts abkaufen zu lassen. Dies betrifft also den Fall, wenn auf Verdacht Domains registriert werden und, sobald später ein entsprechendes Kennzeichen am Markt erscheint, die Domain dorthin verkauft wird.

Für Agenturen, die sich auf die Bevorratung solcher Domains spezialisiert haben, empfiehlt es sich, diese mit einer entsprechenden Marke zu stärken. Soweit es sich indes um Markenentwickler handelt, die Marken für Unternehmen kreieren, dürfte die vorgenommene Abwägung nicht greifen, da Domainnamen gerade nicht zum Verkauf an Dritte, sondern zur Schaffung einer Marke für Kunden bevorratet werden.

5. Registrieren, mehr nicht

Internet World Business 20-2008, Seite 12

Eine Domainregistrierung begründet noch keine Erstbegehungsgefahr

Ab wann ist die Verwendung einer markenrechtlich geschützten Zeichenkette ein Verstoß gegen Markenrechte? Schon wenn man diese Domain registrieren lässt? Oder erst, wenn man sie konkret einsetzt, um damit auf ein Online-Angebot zu verweisen? Dazu liegt jetzt eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) vor. Der BGH wies eine Klage der Metro AG wegen der Registrierung insbesondere der Domain "Metrosex.de" mit der Begründung ab, dass eine Registrierung "noch keine Benutzung dieser Bezeichnung im geschäftlichen Verkehr und damit auch keine Verletzung eines mit dieser Bezeichnung identischen oder ähnlichen Kennzeichenrechts" darstelle (Az.: I ZR 151/05).

Auch könne aus der Tatsache, dass die Domainnamen von einem kaufmännischen Unternehmen angemeldet worden sind, nicht hergeleitet werden, dass bei einer

Verwendung der Domainnamen neben dem Handeln im geschäftlichen Verkehr notwendig auch die weiteren Voraussetzungen – also die Verwechslungsgefahr – erfüllt sind.

Urteilsanalyse

Die Richter leiteten hier eingehend die Bedeutung des Begriffs "Metrosex" her und kamen zu dem Ergebnis, dass auch eine nur beschreibende Verwendung der beanstandeten Bezeichnung in Betracht käme.

Ferner scheiterte eine vorbeugende Unterlassungsklage wegen der Eintragung der Marke "Metrosex", weil "ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte" dafür fehlten, "der Anspruchsgegner werde sich in naher Zukunft rechtswidrig verhalten". Vielmehr hätte sich die drohende Verletzungshandlung so konkret abzeichnen müssen, dass sich für alle Tatbestandsmerkmale zuverlässig beurteilen lässt, ob sie verwirklicht sind. Das Gericht stellte hierzu weiter fest, dass an die Beseitigung der "Erstbegehungsgefahr grundsätzlich weniger strenge Anforderungen zu stellen" sind "als an den Fortfall der durch eine Verletzungshandlung begründeten Gefahr der Wiederholung des Verhaltens in der Zukunft". Da die Beklagte auf die Eintragung verzichtet hat und die Eintragung der Marke daraufhin gelöscht worden ist, reichte dieser "actus contrarius" jedenfalls aus, die Erstbegehungsgefahr zu beseitigen.

Praxistipp:

Das Urteil ist unter verschiedenen Aspekten bemerkenswert. Die Richter verneinten zunächst einen Unterlassungsanspruch im Kontext mit der gleichzeitig beanstandeten Markeneintragung "Metrosex" damit, dass zum einen die Registrierung selbst keine markenrechtliche Benutzung darstelle, zum anderen auch andere beschreibende Verwendungen denkbar seien.

Weiterhin war umstritten, inwieweit die Anmeldung und Eintragung einer Marke einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch rechtfertigt. Auch wenn bei einer solchen Eintragung konkrete Umstände vorzutragen sind, die gegen eine Benutzungsabsicht sprechen, bedeutet die Entscheidung für Werbe- und Markenagenturen, die in größerem Umfang Vorratsmarken und Domains anmelden, eine Reduzierung des Risikos einer Inanspruchnahme, da eine konkrete Benutzungsabsicht häufig nicht gegeben ist.

Etwas anderes kann indes dann gelten, wenn beispielsweise Kennzeichen bekannter Unternehmen als Domain registriert werden, deren Benutzung einerseits keine sinnvolle beschreibende Verwendung zulässt, andererseits auch als Namensrechtsverletzung eingestuft werden kann. Im Gegensatz zum Markenrecht stellt die unbefugte Registrierung einer mit einem fremden Namen identischen Domain regelmäßig eine Namensrechtsverletzung dar, wenn eine erhebliche Beeinträchtigung der namensrechtlichen Befugnisse besteht (siehe dazu die BGH-Entscheidungen zu den Fällen Maxem.de und Weltonline.de). Im Ergebnis ist das Urteil kein Freibrief für Domaingrabber, die bekannte Kennzeichen registrieren wollen.

6. Privatnutzung und Werbung

Internet World Business 06-2008, Seite 12

Wo beginnt „Handeln im geschäftlichen Verkehr“?

Der Inhaber der Domain Studi.de betrieb seit 1998 eine Informationsseite, auf der er insbesondere Rubriken zu Flugsport, Abitur und Studienveranstaltungen vorhielt. Der Domainname Studi.de ist dem Nachnamen des Domaininhabers entlehnt und wird seit vielen Jahren als dessen Spitzname benutzt.

Der Fall

Durch Einbindung eines Flash-Objekts des Wetterdienst-Portals Wetter.de wies die Seite neben den Wetterdaten in diesem Flash-Objekt verlinkte Werbung zu Klingeltönen auf. Der Domaininhaber erhielt für die diesbezügliche Werbung keine Vergütung; jedoch wurde ihm damit seitens Wetter.de im Gegenzug ermöglicht, Wetterdaten kostenlos bereitzustellen.

Die griffige Domain Studi.de weckte das Interesse eines Käufers. Doch ein entsprechendes Angebot zum Erwerb der Domain im Jahre 2006 wies der Seitenbetreiber ab. Daraufhin meldete der abgewiesene Kaufinteressent – und spätere Prozessgegner – die Bezeichnung "studi" als Wortmarke an.

Kein geschäftliches Handeln

Aus dieser Wortmarke heraus machte der Kennzeicheninhaber sodann Ansprüche auf Unterlassung gegen den Sitebetreiber geltend. Dieser nutze die Wortmarke des Klägers unrechtmäßig und habe dies zu unterlassen. Das LG München I wies den Unterlassungsanspruch indes primär mit der Begründung zurück, dass markenrechtliche Ansprüche mangels Handelns im geschäftlichen Verkehr ausscheiden.

Die Richter zogen die bereits existierende Rechtsprechung zu Privatseiten und Bannerwerbung heran und stellten dezidiert fest, dass auf dem ansonsten privat ausgerichteten Webauftritt keine erwerbswirtschaftliche Zielrichtung zum Ausdruck komme und die Existenz von Bannerwerbung auf privaten Websites allein nicht zur Begründung des Handelns im geschäftlichen Verkehr genüge.

Ältere Rechte

Würde die Seite als geschäftlich eingeordnet, so die Richter weiter, würde zudem ein prioritätsälterer Unternehmenskennzeichenschutz nach Paragraf 5 Abs. 1 und 2 Markengesetz greifen – schließlich existierte Studi.de ja bereits seit 1998.

Die Tatsache, dass der Prozessgegner die Bezeichnung "Studi" als Wortmarke hatte eintragen lassen, kam ihm in diesem Verfahren nicht zugute, im Gegenteil: Die Richter unterstellten, dass "die Markenanmeldung (É) mit dem Ziel erfolgte, die Domain des Beklagten in die eigene Verfügungsgewalt zu bekommen und den

schutzwürdigen Besitzstand des Beklagten zu stören. Die Dringlichkeit der Durchsetzung einer somit für das vorliegende Verfahren als löschungsreif anzusehenden Marke" entfalle damit (Az.: 1 HK O 22408/06).

Analyse und Praxistipp

Die Entscheidung ändert nichts an der Rechtsprechung, wonach eine private Seite bei der Vermietung von Bannerplatz ein Handeln im geschäftlichen Verkehr darstellt. Soweit eine Domain Kennzeichenrechte Dritter verletzt, führt diese entgeltliche Bannerwerbung zu markenrechtlichen Unterlassungs-, Auskunfts- und Schadensersatzansprüchen. Wenn demgegenüber eine entgeltfreie Einbindung von Inhalten zum Beispiel in Form von Wetter- oder Stadtplandaten erfolgt und in diesem Rahmen Werbung durch Dritte geschaltet wird, ist nach der hier zitierten Rechtsprechung ein markenrechtlicher Anspruch jedenfalls unbegründet.

Die Richter erteilten auch dem Vorgehen der Markenanmeldung zur Beanspruchung einer bereits vergebenen Domain eine Absage, wenn die Markenanmeldung im "engen zeitlichen Zusammenhang vom Beklagten negativ beschiedenen Kaufanfragen" steht.

In der Praxis bedarf es stets der Einzelfallentscheidung, deren Spektrum von der Rechtsmissbräuchlichkeit oder Bösgläubigkeit (§ 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG) einer Markenanmeldung bis zum Vorwand einer privaten Seite zur Forderung unverhältnismäßiger Kaufbeträge reicht.

Wichtig ist für beide Seiten, dass sie von Anfang an eine klare Strategie definieren und die weiteren Schritte des Gegners im Lichte der aktuellen Rechtsprechung vorhersehen.

7. Wann haftet der Admin-C?

Internet World Business 08-2007, Seite 8

Die Rolle des administrativen Ansprechpartners für eine Domain ist unklar

Der Inhaber einer .de-Domain muss keine natürliche Person sein, sie kann auch einer Firma gehören. In der Whois-Datenbank der Denic werden ein technischer (Tech-C) und ein administrativer Ansprechpartner (Admin-C) aufgeführt . Letzterer ist der Bevollmächtigte für alle administrativen Vorgänge rund um die Domain – und Anlaufpunkt für rechtliche Streitigkeiten. Bei Unternehmen muss der Admin-C nicht gleich der Inhaber sein, oft ist er nur der IT-Leiter. Ausländische Unternehmen, die eine .de-Domain registrieren wollen, benötigen hierzu eine Person mit ladungsfähiger Adresse in Deutschland. Der Admin-C ist also der Ansprechpartner. Aber haftet er auch persönlich für Rechtsverstöße?

Das LG Dresden urteilte am 09.03.2007, dass der Admin-C nicht für wettbewerbswidrige Inhalte als Mitstörer haftet (Az.: 43 O 0128/07 EV). Das Gericht verneinte dessen Störerhaftung mit der Begründung, dass dieser weder die rechtliche Möglichkeit der Verhinderung der wettbewerbswidrigen Handlung gehabt habe noch dazu verpflichtet sei, die Webseite auf etwaige Verletzungshandlungen hin zu prüfen.

Jederzeit austauschbar

Anders als etwa das LG Bonn (Az.: 5 S 197/04) sowie das LG Berlin (Az.: 16 O 718/05) verneinten die Dresdner Richter die Störerhaftung des Admin-C insbesondere unter Bezugnahme auf die Denic-Domainbedingungen, da dieser gegenüber dem Domaininhaber keinen Einfluss auf die Inhalte der Website ausüben könne. Dies ergebe sich nicht zuletzt daraus, dass der Admin-C wettbewerbswidrige Inhalte sowie deren Veröffentlichung selbst nicht verhindern könne, da der Domaininhaber einen neuen Admin-C benennen könne. Außerdem könnten insbesondere im unternehmerischen Bereich tätige Admin-Cs, wie zum Beispiel Provider, bei einer Vielzahl von Domains wettbewerbsrechtliche Fragen nicht beurteilen.

Zur Gewichtung der Entscheidung ist zunächst festzustellen, dass es sich um eine Eilentscheidung im einstweiligen Verfügungsverfahren handelt, sodass hier sicherlich nicht eine so hohe Wertigkeit wie etwa bei der Hauptsacheentscheidung eines Oberlandesgerichts gegeben ist. Außerdem muss – wie auch in der Entscheidung geschehen – zwischen Ansprüchen die Domain selbst betreffend und Ansprüchen bezüglich der über die Domain abrufbaren Inhalte differenziert werden.

Strohmänner haften

Einerseits ist es in klassischen "Strohmannfällen", in denen der Domaininhaber außerhalb der juristischen Habhaftigkeit liegt, durchaus angemessen, den Admin-C für diesbezügliche Inhalte in Anspruch zu nehmen. Auf der anderen Seite kann von professionellen Domainverwaltern nicht erwartet werden, dass diese die Inhalte sämtlicher, teilweise mehrerer Hundert oder Tausend bei ihnen gehosteter Domains überprüfen. Maßgeblich soll diesbezüglich somit der jeweils konkrete Einzelfall sein.

Davon zu unterscheiden ist die Haftung des Admin-C wegen der Domain selbst. Soweit durch eine Domain beispielsweise Markenrechte verletzt werden, haben bereits diverse Gerichte wie das OLG Stuttgart (Az.: 2 W 27/03), das LG Magdeburg (Az.: 36 O 11/99) oder das OLG München (Az.: 29 U 5819/99) eine Haftung des Admin-C bejaht. Das OLG Hamburg (Az.: 3 U 274/98) hatte bei Nichterreichbarkeit von Domaininhaber und Admin-C sogar eine Haftung des technischen Ansprechpartners bejaht.

Fliegender Gerichtsstand

Bis zu einer Grundsatzentscheidung durch den BGH bleibt die Gefahr der Haftung des Admin-C nicht zuletzt deshalb bestehen, weil sich der Anspruchsteller durch die deutschlandweite Abrufbarkeit der Inhalte den Gerichtsstand und somit die für ihn günstige "lokale Jurisdiktion" aussuchen kann (sog. "fliegender Gerichtsstand"). Etwas anderes gilt nur, wenn es ausschließlich um die Registrierung der Domain geht und diese nicht konnektiert ist oder keine Inhalte aufweist. Dann dürfte der Wohnsitz des Schuldners für die örtliche Zuständigkeit maßgeblich sein.

8. BGH: Domainregistrierung durch Vertreter zulässig

Internet World Business 04-2007, Seite 8

Mit Urteil vom 08.02.2007 hat der Bundesgerichtshof (Az.: I ZR 59/04) die grundsätzliche Frage entschieden, ob der Inhaber eines bürgerlichen Namens (hier: Grundke) einen Anspruch gegen den als Domaininhaber Eingetragenen hat, wenn dieser die Eintragung als Vertreter eines Auftraggebers vorgenommen hat. Zwar stellte der BGH klar, dass grundsätzlich die Registrierung eines fremden Namens einen unbefugten Namensgebrauch darstelle. Dies gelte jedoch nicht, wenn der Domainname im Auftrag eines Namensträgers reserviert worden ist. Voraussetzung sei, dass andere Namensträger die Domainregistrierung für Dritte "zuverlässig und einfach überprüfen können" müssen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn unter dem Domainnamen die Homepage des Namensträgers mit dessen Einverständnis erscheint.

Praxistipp:

Die Entscheidung bringt endlich Rechtssicherheit für Webagenturen, die im Auftrag von Kunden Domains registrieren. Soweit sich indes ein Projekt in einer noch nicht nach außen sichtbaren Entwicklung befindet, sollte die Auftragsregistrierung durch den Kunden gegenüber der Agentur in prioritätsbegründender Weise dokumentiert werden. Um dies nach außen sichtbar umzusetzen, sollte zumindest eine Seite geschaltet werden mit dem Hinweis "hier entsteht eine Seite für die Firma XY".

9. Ernsthaftigkeit entscheidet

Internet World Business 23-2006, Seite 10

Wer eine registrierte Domain nicht nutzt, muss sich vor Markenansprüchen hüten

In einer bemerkenswerten Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg verurteilten die Richter den Inhaber der Domain ahd.de nicht nur – wie markenrechtlich üblich – zu Unterlassung, Auskunft und Schadensersatz. Darüber hinaus wurde der Beklagte zur Löschung der Domain aufgrund von wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen verpflichtet (Az.: 5 U 87/05).

Urteilsanalyse

In der 21-seitigen Urteilsbegründung wird festgestellt, dass aus der Registrierung einer Domain allein keine eigenständigen Rechte herleitbar sind. Hierfür müsste eine kennzeichen- oder namensrechtliche Nutzung unter der Domain erfolgen (vgl. auch LG Frankfurt – fetenplaner.de).

Folgerichtig führte die Domainregistrierung ahd.de im Jahre 1997 mangels ernsthafter Benutzungsaufnahme nicht zu eigenständigen Kennzeichenrechten. Mit der Aufnahme der Geschäftstätigkeit der Klägerin im Jahre 2001 entstanden dann kennzeichenrechtliche Ansprüche zugunsten der Klägerin.

Bereits im Jahr 2000 wurde geurteilt, dass eine Domain, die in Kenntnis eines fremden Kennzeichens registriert und dann auch noch zum Kauf angeboten wurde, nach § 826 BGB einen Freigabeanspruch auslösen kann.

Neu am Urteil aus Hamburg ist, dass es einen Freigabeanspruch aus dem Wettbewerbsrecht herleitet, obwohl die Registrierung der Domain 1997 völlig rechtmäßig war – damals gab es noch kein konkurrierendes Markenzeichen. Das Gericht findet, dass mangels "ernsthafter" Nutzungsabsichten und bei einer Registrierung nur zum Zwecke des Verkaufs ein "offensichtlicher Missbrauchsfall" anzunehmen sei.

Praxistipp:

Die Entscheidung erhöht für Domainregistrierer das Risiko erheblich, da nach Ansicht der Richter eine ernsthafte Benutzungsabsicht nachgewiesen werden müsse. Fehlt diese und wurde eine Domain "in der Vergangenheit zudem Dritten zum Erwerb angeboten", widerlege dies unzweifelhaft einen beabsichtigten kennzeichenmäßigen Gebrauch. Somit können sich Domaininhaber Ansprüchen ausgesetzt sehen, wenn für die Registrierung keine plausible Erklärung dargeboten wird.

Wenngleich es in Kennzeichen- und Wettbewerbsstreitsachen immer auf die Konstellation des jeweiligen Einzelfalls ankommt, bedarf es zumindest in vergleichbaren Konstellationen einer entsprechenden Kennzeichenstrategie. Diese kann beispielsweise auch in der Eintragung einer entsprechenden Marke als Ausdruck einer entsprechenden Nutzungsabsicht liegen. Nach überwiegender bisheriger Rechtsprechung war ein kennzeichenrechtlicher Anspruch wegen einer Domain zu verneinen, wenn für die Domain eine Marke außerhalb des geschützten Verwechslungsbereichs eines Dritten eingetragen wurde. Ausgenommen davon sind Fälle offensichtlicher Vermeidungsstrategien.

Domaininhaber sollten ihr Domainportfolio sichten und Risikoabwägungen treffen. Nicht zuletzt die diversen EU-Verfahren zeigen, dass es hier ein Konfliktpotenzial gibt.

Ob der BGH die restriktive Auffassung des Hanseatischen OLG bestätigt, bleibt abzuwarten. In den bisherigen Entscheidungen zeigten die höchsten deutschen Richter eine liberalere Entscheidungspraxis als ihre Hamburger Kollegen.

10. Namensrecht vor Pseudonym

Internet World Business 19-2006, Seite 10

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 21.08.2006 die Annahme einer Verfassungsbeschwerde wegen des Unterlassungsurteils des Bundesgerichtshofs zur Domain maxem.de abgelehnt (Az.: I BvR 2047/03). Um die Domain stritten sich der Rechtsanwalt Werner Maxem und der Besitzer einer Domain, der "Maxem" als Pseudonym im Internet benutzt.

Der Bundesgerichtshof hatte dem Anwalt ein Anrecht auf die Domain zugesprochen, wogegen nach Ansicht des BVG keine verfassungsmäßigen Bedenken bestehen. Der von dem Bundesgerichtshof aus dem einfachen Recht abgeleitete Vorrang des

bürgerlichen Namens sei angesichts von dessen Bedeutung für die Bezeichnung der Person als Entscheidungsregel "verfassungsrechtlich jedenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn das Pseudonym noch keine allgemeine Verkehrsgeltung erlangt hat, wovon der Bundesgerichtshof ausgegangen ist, und es dem Betroffenen nicht verwehrt wird, es zusammen mit einem weiteren Zusatz als Internet-Adresse zu nutzen".

Praxistipp:

Der bürgerliche Name hat Vorrang vor einem Pseudonym. Der Träger kann daher eine Unterlassung der Bezeichnung einer mit seinem Namen identischen Domain gegen unprominente Pseudonym-Verwender beanspruchen.

11. "Last Minute" muss nichts mit Reisen zu tun haben

Internet World Business 15-2006, Seite 5

Bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit .eu-Domains führt das ADR-Verfahren (Alternative Dispute Resolution) zu einer Klärung. Jetzt ging die Inhaberin der deutschen Wortmarke "Last Minute" gegen den Inhaber der Domain lastminute.eu vor. Sie begründete das Vorgehen insbesondere damit, dass die Eintragung der Marke des Beschwerdegegners erst am 29.09.2005 und damit in unmittelbarer zeitlicher Nähe zu den Sunrise-Verfahren erfolgt sei. Da der Domain-Inhaber ein CafŽ in Wuppertal betreibe, sei die Anmeldung der Marke für "Farben, Firnisse oder Lacke" zudem bösgläubig. Das Schiedsgericht verneinte indes einen Übertragungsanspruch und begründete dies zum einen damit, dass zwischen den sich gegenüberstehenden Marken keine Verwechslungsgefahr bestünde und zum anderen bei der Anmeldung der Marke durch den Beschwerdegegner alle Registrierungsbestimmungen eingehalten worden seien. Außerdem sei Last Minute nicht für den Bereich Tourismus freihaltebedürftig und damit nicht schutzfähig. Da die "Registrierung generischer Begriffe als Domainnamen (É) im Grundsatz keinen rechtlichen Schranken unterworfen" sei, sei es nicht rechtsmissbräuchlich, einen Gattungsbegriff, an dessen Verwendung als Domain-Namen auch Dritte ein Interesse haben, zu registrieren und zum Kauf anzubieten.

12. Domain verloren: kein Rechtsverlust

Internet World Business, 10/06, Seite 12

Eigentlich sollte es nicht passieren, doch es passiert trotzdem immer wieder: Der Inhaber einer Domain oder sein Provider versäumen es, die Domain zu verlängern und geben sie ungewollt frei. Eine so "verloren gegangene" Domain wird nicht selten durch Domain-Grabber registriert, um diese dann dem ursprünglichen Inhaber anzubieten – allerdings gegen ein saftiges Entgelt.

Das Landgericht München entschied nun, dass das systematische Registrieren versehentlich frei werdender Domains nicht zu einem Rechtsverlust führt und daher

bei entsprechenden Ansprüchen – im konkreten Fall wurde eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung angenommen – nicht nur die Domain zurückverlangt werden kann; zudem kann der ursprüngliche Inhaber auch die aus diesem Begehren entstehenden Kosten der Abmahnung verlangen (Az.: 33 O 15828/05).

Praxistipp:

Natürlich ist diese Entscheidung kein Freibrief für Schlamperei. Denn eine Registrierung frei werdender Domains durch Dritte, die ein zumindest gleichwertiges Recht, zum Beispiel in Form einer Marke haben, die beispielsweise mit einem Unternehmenskennzeichen nicht verwechslungsfähig ist, kann grundsätzlich nicht beanstandet werden.

13. First come, first served – auch bei .eu-Domains

Internet World Business 09-2006 , Seite 10

Nachdem nun die zwei Registrierungsperioden Sunrise I und II abgeschlossen sind sowie die für jedermann zugängliche Landrush-Periode gestartet ist, treten für eine Vielzahl von Domain-Registrierungen Streitigkeiten auf, die außergerichtlich nach dem Alternative-Dispute-Resolution-Verfahren (ADR) entschieden werden müssen.

In der ersten veröffentlichten Entscheidung im ADR-Verfahren für .eu-Domains überhaupt (Decision No. 00035) entschied das angerufene Panel, dass die Rechtmäßigkeit der Registrierung einer .eu-Domain in der Sunrise-Period, die sich auf Markenrecht stützt, nach den ADR-Regeln danach zu beurteilen ist, ob zum Zeitpunkt der Registrierung das Markenrecht rechtswirksam bestand. Es sei dagegen nicht Aufgabe des ADR-Verfahrens, die Priorität der jeweiligen Markenrechte hierfür heranzuziehen. Im Moment dreht sich alles nur um die Einhaltung der Registrierungsbestimmungen.

Praxistipp: Spannend wird es, wenn sich die Schiedsgerichte mit der Frage auseinanderzusetzen haben, ob eine Verwechslungsgefahr besteht und der Domain-Inhaber schlechtere oder gar keine Rechte gegenüber dem Beschwerdeführer hat oder wann eine Registrierung unabhängig von der Frage einer Verwechslungsgefahr in bösgläubiger Absicht erfolgte.

14. Verkaufsangebot für generische Umlaut-Domains

Internet World Business, 07/06, Seite 14

Das OLG Dresden (Az.: 14 U 2293/05) bestätigte am 07.03.2006 durch ein so genanntes "Tischurteil", also unmittelbar in der mündlichen Berufungsverhandlung, das Urteil des LG Leipzig in der Sache "kettenzüge.de".

Der Senat sah wegen der Domain kettenzüge.de weder kennzeichenrechtliche noch wettbewerbsrechtliche oder gar deliktsrechtliche Ansprüche auf Löschung der IDN-Domain seitens des Inhabers der Domain kettenzüge.de begründet.

Auch ein so genanntes "Domain-Grabbing", scheide aus, da hierfür insbesondere eine Zwangslage des Anspruchstellers erforderlich sei. Bereits aufgrund des beschreibenden Charakters der Domain sei diese gerade nicht gegeben, da weder ein Kennzeichenrecht beeinträchtigt würde, noch die Beklagte sich rechtzeitig um die Umlaut-Domain gekümmert hatte.

Praxistipp:

Die Dresdner Richter bestätigten die Rechtsauffassung, wonach die Registrierung einer generischen Domain mit dem Ziel, diese an Interessenten zu veräußern, eine im Grundsatz anerkannte geschäftliche Betätigung sei. Das Urteil ist daher besonders für Domain-Händler von praktischer Relevanz, die sich beschreibende IDN-Domains gesichert haben.

15. Tippfehler-Domains auch international geschützt

Internet World Business, 01/06, Seite 7

Ein Verfahren bei der WIPO kann effektiv vor Domain-Grabbing schützen

Der Begriff Domaingrabbing bedarf – nicht zuletzt aufgrund der schwammigen Begriffsverwendung – der genauen Erklärung: Man versteht darunter das Registrieren geschützter Kennzeichen oder Namen, um entweder Nutzerströme abzufangen oder einen finanziellen Nutzen daraus zu ziehen; wobei die Täter oft ziemlich dreist zu Werke gehen. Nicht darunter fällt dagegen das Sammeln schutzfreier Bezeichnungen.

Besonders unverfroren ging ein in Panama ansässiger Grabber vor, der eine Vielzahl von Domains der Marke Polo Ralph Lauren als so genannte "Tippfehler-Domain" registrierte, also beispielsweise rlphlauren.com oder poloralflauren.com. Offensichtlich sollte hier die Popularität des Mode-Markennamens genutzt werden.

Der Rechteinhaber ging dagegen nach dem standardisierten Verfahren Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) bei der World Intellectual Property Organization (WIPO) vor. Das Panel sprach dem Kläger die beanspruchten Domains zu, da bei der Verwendung dieser Domains sämtliche Voraussetzungen bejaht wurden (Case No. D2005-1027). Ein Übertragungsanspruch besteht, wenn die Domain mit dem Schutzrecht identisch oder verwechslungsfähig ist, der Gegner keine Rechte oder legitimen Interessen zur Nutzung der Domain vorweisen kann und die Registrierung bösgläubig erfolgte.

Für die Praxis gilt, dass ein UDRP-Verfahren speziell bei außerhalb Deutschlands ansässigen Gegnern und unter die UDRP fallenden Domains eine schnelle, günstige und vor allem effektive Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung bietet. Ganz besonders dann, wenn das Fehlen zwischenstaatlicher Rechtsabkommen – wie im vorliegenden Fall mit Panama – die Durchsetzung juristischer Ansprüche erschwert.

Hinzu kommt, dass das UDRP-Verfahren durch die Gebührengestaltung in vielen Fällen von Domaingrabbing regelmäßig günstiger ist als Einzelklagen vor staatlichen Gerichten. Vor dem Einzelrichter kostet ein Verfahren für ein bis fünf Domains 1.500 US-Dollar, für sechs bis zehn Domains werden 2.000 Dollar berechnet.

Nachteilig ist, dass dem Gegner – anders als nach deutschem Recht, bei dem die Verwechslungsgefahr maßgeblich ist – zusätzlich Bösgläubigkeit nachgewiesen werden muss. Diese Hürde führte bei vergangenen WIPO-Entscheidungen zu manchmal fragwürdigen Ergebnissen. In klaren Fällen stellt sie dagegen kaum ein Hindernis dar. Ein Vorteil liegt auch darin, dass nicht nur Unterlassung verlangt werden kann, sondern nach erfolgreichem Ausgang die Domain-Übertragung angeordnet wird.

Hat die Gegenseite ihren Sitz in Deutschland, wird auch bei internationalen Top-Level-Domains nach wie vor ein Vorgehen vor den entsprechenden Gerichten bevorzugt. Das einstweilige Verfügungsverfahren bietet ebenfalls eine schnelle und vor allem vollstreckbare Möglichkeit des Vorgehens. Zudem verfügen die regelmäßig zuständigen Kennzeichenstreitkammern über tatsächliche und rechtliche Expertisen.

Ergänzt sei abschließend, dass auf keinen Fall "Tippfehler-Domains" amerikanischer Unternehmen verwenden werden sollten; hier wurde unlängst ein Grabber zu 30 Monaten Haft wegen Verletzung des "Truth in Domain Names Act" verurteilt, da er Domains mit verballhornten Markennamen zur Weiterleitung auf pornografische Seiten eingerichtet hatte.

16. Domain-Hiding kann vor Gericht nicht überzeugen

<u>Internet World Business, 08/05, Seite 17</u>

Auch wer die Verantwortlichkeiten für seinen Web-Auftritt durchaus geschickt zu verschleiern versucht, kann Schiffbruch erleiden. Das Hanseatische Oberlandesgericht verurteilte den in einem Impressum genannten Verantwortlichen einer Website wegen der Versendung einer Werbe-E-Mail für eine Erotikseite. Das Impressum war durch eine verdeckte Weiterleitung über die in der Mail angegebene Adresse zugänglich – so genanntes Domain- Hiding.

Das Gericht stellte trotz dieses Verschleierungsmanövers nicht auf den Inhaber der verdeckten Domain ab, sondern sah die Verantwortlichkeit bei dem im Impressum genannten Unternehmen (Hanseatisches OLG – Az.: 5 U 194/03).

Urteilsanalyse

Der auf den ersten Blick etwas kompliziert anmutende Sachverhalt ist in der Praxis jedoch kein unübliches Verfahren. Insbesondere Anbieter, die in rechtlichen Grauzonen operieren, bedienen sich gern dieser Methode. Über eine registrierte Subdomain erfolgt eine „Umleitung“ auf die eigene Homepage im Wege des so genannten „redirect“, wobei diese Weiterleitung oft für den Nutzer unbemerkt abgewickelt wird und nicht ohne weiteres erkennbar ist. Das Gericht befand daher, dass im Zweifel, insbesondere bei widersprüchlichen Angaben unter den jeweils unterschiedlichen Domains, der im Impressum Genannte jedenfalls als Mitstörer

verantwortlich sei. Im konkreten Fall widerlegte das Gericht die Schutzbehauptung, wonach die Spam-Mail von einem Dritten ohne Wissen des durch die Werbung begünstigten Unternehmens verwendet worden sei. Insbesondere lasse deren wirtschaftliche Begünstigung als Anbieter des für den Zugang erforderlichen Dialer-Programms auf eine Verbindung schließen. Dem stehe auch die Tatsache nicht entgegen, dass die Absenderangaben dieser Mail keinen Rückschluss auf die Erotik-Anbieterin zuließen, da dies gerade „im Wesen von Spam-EMails" läge. Genauso wenig glaubhaft sei es, dass ein Dritter die Impressums- Angaben missbraucht und ohne Wissen und Billigung der Verantwortlichen auf diese Seite verlinkt habe.

Praxistipp:

Während dies vor einigen Jahren noch durchaus ein Problem darstellte, verfügen die jeweiligen Spezialkammern und - senate für Kennzeichen-, Urheber- oder Wettbewerbssachen der einzelnen Land- und Oberlandesgerichte inzwischen über ein erhebliches technisches Verständnis, sodass auch technisch aufwendigere Verschleierungsmaßnahmen unlauterer Angebote von den Gerichten nachvollzogen und entsprechend beschieden werden. Wer also versucht, sich durch technische „Tricks" seiner Verantwortung zu entziehen, wie dies nicht selten bei unseriösen Dialer-Anbietern der Fall ist, muss sich angesichts des wachsenden Know-hows der Gerichte auch zunehmend Risiken ausgesetzt sehen. Etwas anderes gilt teilweise dann, wenn Anbieter ihre Tätigkeit von Offshore- Stützpunkten betreiben, die der deutschen Jurisdiktion wie auch den internationalen Zustellungs- und Vollstreckungsabkommen entzogen sind.

17. Haftung des Admin-c für Inhalte

Internet World Business, 06/05, Seite 20

Neben dem Inhaber einer Domain ist auch ein Admin-c für Wettbewerbsverstöße haftbar. Das LG Bonn entschied, dass den administrativen Kontakt (Adminc) für eine DE-Domain neben deren Inhaber die Haftung für Wettbewerbsverstöße auf der dazugehörigen Seite treffen kann (LG Bonn, Az.: 5 S 197/04).

Entscheidung

Das Gericht bestätigte ein Urteil des AG Bonn, wonach ein Kläger die Erstattung von Kosten einer berechtigten Abmahnung auch vom Admin-c verlangen kann. Die Kammer sah es als gerechtfertigt an, die Haftung über Kennzeichenrechtsverstöße hinaus auf wettbewerbsrechtliche Inhalte zu erstrecken. Dies wurde unter anderem damit begründet, dass die Denic-Richtlinien den Admin-c als bevollmächtigt ansehen, sämtliche die Domain betreffenden Angelegenheiten verbindlich zu entscheiden, wobei nicht zwischen Domain-Name und Inhalten differenziert sei.

Praxistipp

Ob dieses Urteil zu generalisieren ist, wird letztlich durch den Bundesgerichtshof zu entscheiden sein. Das OLG Stuttgart begründete eine Haftung des Admin-c damit, dass er mit seinem Willen, als Kontaktperson angegeben zu werden, die rechtliche Möglichkeit habe, auf die Eintragungsinhalte hinzuwirken (Az.: 2 W 27/03). Festzustellen ist indes, dass der Admin-c (nur) die vom Domain-Inhaber benannte natürliche Person ist, die als sein Bevollmächtigter gegenüber der Denic sämtliche eine „Domain betreffenden Angelegenheiten“ verbindlich entscheiden kann. Das OLG Hamburg bejaht eine Haftung, wenn der Domain-Inhaber im Ausland sitzt. Der Admin-c leiste dann einen kausalen Beitrag zum Wettbewerbsverstoß, da seine Benennung zwingende Voraussetzung für die Domain-Registrierung sei (Az.: 312 O 529/03). Für die Praxis hat diese Rechtsprechung zwei wesentliche Aspekte. Zum einen kann ein Anspruchsteller bei einem schwer erreichbaren ausländischen Gegner (Isle of Man etc.) in Deutschland vorgehen. Nach Ziffer VIII. der Denic-Domain-Richtlinien ist der Adminc dann zugleich der Zustellungsbevollmächtigte, muss seinerseits in Deutschland ansässig sein und mit seiner Straßenanschrift angegeben werden. Gleichzeitig muss jeder, der als Admin-c registriert wird, sich darüber bewusst sein, dass er zumindest für ausländische Anbieter zur Haftung herangezogen werden kann.

III. Wettbewerbsrecht

1. Der Facebook „Gefällt mir“-Button - ein Fall für den Datenschutz?

Internet World Business Online vom 01.02.2011

Social-Media-Marketing ist in aller Munde. Über die Marketingmöglichkeiten insbesondere über Facebook wurde schon fast alles gesagt oder geschrieben, so dass es hier nicht noch einmal einer Wiederholung bedarf. Fakt ist, dass insbesondere über die Einbindung des „Gefällt mir“-Buttons eine hervorragende Werbemöglichkeit geschaffen wurde, deren Nutzung in einem zweiten Schritt zu einer sehr differenzierten und spezifischen Nutzerwerbung führen kann. Warum sonst wird Facebook mit einem Unternehmenswert von angeblich $US 50 Milliarden bewertet? „To like or not to like“ ist für Werbende somit nicht mehr die Frage.

Demgegenüber steht Facebook immer wieder in der intensiven datenschutzrechtlichen Diskussion, sodass es von besonderem Interesse ist, inwieweit Homepageinhaber diesbezüglich Verpflichtungen treffen, insbesondere gesonderte Datenschutzhinweise vorzuhalten sind.

Vorausgeschickt sei, dass die diesbezügliche Diskussion das gesamte Spektrum von Ansichten zu der datenschutzrechtlichen (Un-)Zulässigkeit aufweist und eine verbindliche Klärung letztlich nur durch die Gerichte erfolgen kann.

Fallkonstellation

Hintergrund der datenschutzrechtlichen Diskussion ist, dass durch die Nutzung des „Gefällt mir“-Buttons **Daten** über den Besuch der Seite, IP-Adresse etc. bei Facebook gespeichert werden, die der umfangreichen Auswertung des Nutzerverhaltens dienen.

Zu unterscheiden ist hier zwischen einem bereits eingeloggten und einem nicht-eingeloggten Facebook-Nutzer bzw. einem Internetnutzer ohne Facebook-Account.

Nicht-eingeloggter Facebook-Nutzer / Internetnutzer ohne Facebook-Account

Bei dem nicht-eingeloggten Facebook-Nutzer bzw. einem Internetnutzer ohne Facebook-Account wird durch das Facebook-Widged als programmtechnische Grundlage des Buttons im Wesentlichen nur die IP-Adresse erhoben. In diesem Zusammenhang wird intensiv diskutiert, ob eine IP-Adresse ein personenbezogenes Datum darstellt. Dies mag in konkreten Ausnahmefällen gegeben sein; aufgrund der dynamischen IP-Vergabe dürfte dies jedoch zu verneinen sein; das Thema ist allerdings umstritten.

Ist ein Nutzer nicht eingeloggt und betätigt er den „Gefällt mir“-Button, wird er dagegen zunächst erst einmal aufgefordert, sich bei Facebook anzumelden:



Folgerichtig gibt der „Gefällt mir“-Button einem eingeloggten Nutzer die technische Möglichkeit, anderen Facebook-Nutzern mitzuteilen, dass ihm ein Thema gefällt - dies aber **erst durch Nutzung seines Facebook-Accounts**. Ohne Facebook-Account kann der Button spiegelbildlich dazu nicht betätigt werden; Facebook erhält somit auch keine dem konkreten Nutzer zugeordneten Datensätze.

Zwischenergebnis ist somit, dass die Einbindung des „Gefällt mir“-Buttons bei einem nicht-eingeloggten Facebook-Nutzer bzw. einem Internetnutzer ohne Facebook-Account aus datenschutzrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden sein dürfte.

Eingeloggter Facebook-Nutzer

Nicht ganz so eindeutig ist die Verwendung des Buttons bei eingeloggten Facebook-Nutzern.

Die Besonderheit besteht darin, dass der **Datenübertragungsvorgang** bereits dann beginnt, wenn ein eingeloggter Facebook-Nutzer eine Webseite **aufsucht**, die einen „Gefällt mir“-Button enthält. Bereits dann und <u>*ohne das Zutun des Nutzers*</u> erfolgt eine Übermittlung von Nutzerdaten durch den Browser an Facebook.

Bei einer **technischen Betrachtung** des Sachverhaltes, insbesondere bei einer Sichtung des jeweiligen Quellcodes des Widgets fällt auf, dass dieser unterschiedliche Inhalte aufweist, je nachdem, ob ein Nutzer in seinem aktuellen Browser bereits bei Facebook eingeloggt ist oder nicht. Diverse Nutzerdaten werden durch das Widged an Facebook übermittelt; ein Blick in den Quellcode offenbart hier etliche Funktionen. Spannend ist nun die rechtliche Bewertung der Einbindung.

Vertritt man die Auffassung, Facebook handele damit datenschutzwidrig, so dürfte auf der einen Seite durch die aktive Einbindung des Buttons zumindest eine **Mitstörer-Haftung**, analog zu der Haftung von Seitenbetreibern für Links zu rechtswidrigen Inhalten Dritter, greifen. Wohlgemerkt geht es hier nicht um die aktive Betätigung des Buttons durch den Nutzer.

Auf der anderen Seite steht eine Verletzung des Datenschutzrechtes nicht fest. Soweit bekannt, wurde bislang weder ein Bußgeld verhängt, noch hat ein Gericht die Rechtswidrigkeit bestätigt.

Steht bisher aber eine Rechtswidrigkeit nicht fest oder existiert kein erstinstanzliches Urteil, mag man der Diskussion über eine Verletzung des Datenschutzrechtes folgen, muss diese indes nicht als „entschieden“ berücksichtigen.

Wie bei einem Link zu rechtswidrigen Inhalten, wonach eine Haftung erst ab positiver Kenntnis oder im Falle offensichtlicher Rechtsverletzung besteht, dürften hier dieselben Haftungsgrundsätze gelten.

Stets zu empfehlen ist es jedoch, eine **Datenschutzerklärung** auf der jeweiligen Webseite vorzuhalten, die den Internetnutzer darüber aufklärt, dass der „Gefällt mir“-Button von dem jeweiligen Webseitenbetreiber genutzt wird und welche Auswirkungen die Nutzung dieses Buttons für den Internetnutzer hat.

Diese Verpflichtung ergibt sich nach überwiegender Ansicht aus § 13 Abs. 1 Telemediengesetz (TMG), wonach der Anbieter den Nutzer stets über „*Art, Umfang und Zwecke der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten*“ in allgemein verständlicher Form zu unterrichten hat.

Ergebnis

Eine Einbindung des Facebook-Buttons analog einer denkbaren Haftung für rechtswidrige Inhalte ab **positiver Kenntnis** dürfte erst dann eingreifen, wenn feststeht, dass Facebook solche Daten - und zwar im konkreten Fall - **datenschutzwidrig** verwendet.

Wenngleich diverse Datenschützer Facebook eine rechtswidrige Datenverwendung vorwerfen, fehlt es nach diesseitiger Kenntnis an entsprechend belastbaren Gerichtsentscheidungen.

Schlussfolgerung daraus ist, dass **mangels positiver Kenntnis** über einen Rechtsverstoß oder mangels Offensichtlichkeit einer Datenschutzrechtsverletzung eine Haftung des Anbieters erst dann in Betracht kommt, wenn ein Verstoß gerichtlich, zumindest durch eine Behörde bestätigt wurde, infolgedessen ein Datenschutzrechtsverstoß des Homepagebetreibers selbst ***derzeit*** zu verneinen sein dürfte. Deshalb ist eine genaue **Beobachtung der Diskussion** zu empfehlen.

In jedem Fall sei die Vorhaltung einer entsprechenden **Datenschutzerklärung** angeraten.

2. Schnelles Handeln gefragt

Internet World Business 12-2009, Seite 32

Wer bei Wettbewerbsverstößen nicht rechtzeitig reagiert, vergibt wichtige Optionen

Zu langes Abwarten bringt bei Wettbewerbsstreitigkeiten Nachteile

Bei der Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen, ebenso wie bei wettbewerbswidriger Werbung kommt es nicht nur darauf an zu wissen, wie man gegen einen Verletzer vorgeht, sondern auch (bis) wann dies geschehen soll.

Weigert sich ein Anspruchsgegner, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben, führt für eine effektive Durchsetzung der Schutzrechte kein Weg an der Beantragung einer einstweiligen Verfügung vorbei. Dadurch kann dem Rechtsverletzer dann beispielsweise die Verwendung fremder Texte oder Bilder, aber auch einer wettbewerbswidrigen Werbung unmittelbar untersagt werden. Die Praxis zeigt allerdings, dass Schutzrechtsinhaber – nicht selten vom Wunsch einer außergerichtlichen Einigung motiviert – zu lange warten, bis eine gerichtliche Entscheidung im Eilverfahren beantragt wird.

Das Problem dabei: Um eine einstweilige Verfügung zu erlassen, bedarf es Â-neben dem rechtlichen Verfügungsanspruch – also dem materiellen Recht, auf dem sich der Anspruch stützt – zusätzlich eines Verfügungsgrundes.

Wie dringend ist "dringend"?

Der wichtigste Verfügungsgrund ist die Dringlichkeit. Diese ist dann gegeben, wenn ein nicht wieder gutzumachender Schaden entstünde, der im Nachhinein durch die Geltendmachung (nur) von Schadensersatz nicht mehr ausgeglichen werden kann. Wird beispielsweise auf einer Website ein nicht genehmigtes Bild verwendet, würde

ein Vorgehen im Hauptsacheverfahren häufig fünf bis zwölf Monate bis zu einem Urteil in Anspruch nehmen. Eine einstweilige Verfügung wird regelmäßig innerhalb weniger Tage, teilweise noch am selben Tag erlassen.

Im Falle einer Wettbewerbsverletzung wird gemäß Paragraf 12 Absatz 2 die Dringlichkeit vermutet. Im Urheberrecht ist sie jedoch nach vorherrschender Meinung gesondert darzulegen. Dazu hat das Oberlandesgericht Stuttgart entschieden: Ein Zuwarten von zwei Monaten sei dringlichkeitsschädlich, ein Abwarten von drei Monaten nach Kenntniserlangung widerlege die Dringlichkeit in jedem Fall (Az.: 17 O 466/08).

Wenn der Inhaber eines Schutzrechts eine Rechtsverletzung feststellt, sollte er den Zeitpunkt und die Umstände der erstmaligen Kenntniserlangung genau dokumentieren, da er dieses gegebenenfalls später an Eides statt versichern muss. Während grundsätzlich nichts gegen eine außergerichtliche Erledigung – auch ohne Einschaltung Â-eines Anwalts – spricht, führt die Verzögerungstaktik des Gegners nicht selten dazu, die Dringlichkeit auszuhebeln und damit die Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung zu versperren.

Der Countdown läuft

Spätestens mit der Zusendung der ersten E-Mail an den Verletzer läuft nachweisbar die – wenngleich nicht starre – vier Wochenfrist, nach deren Ablauf bereits einige Oberlandesgerichte die Dringlichkeit als widerlegt ansehen (z.B. OLGe Düsseldorf, München, Frankfurt). Fehlt es an der Dringlichkeit, hat das Gericht den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen, auch wenn die Rechtsverletzung noch so eindeutig ist, sodass dann nur noch das länger dauernde Hauptsacheverfahren bleibt.

Ist die Rechtsverletzung eindeutig, kann der Geschädigte natürlich auch gleich zum Anwalt gehen. Dieser Weg bietet zum einen den Vorteil, dass sich dieser um die Fristwahrung kümmern muss, zum anderen hat der Gegner in diesen Fällen die Kosten einer Abmahnung ohnehin zu tragen.

Wichtig bleibt letztlich für alle Vorgehensweisen ein schnelles Handeln.

Das sollten Sie beachten:

- In Urheberrechts- und Wettbewerbsverfahren dauert der normale Gerichtsweg oft Monate.
- Eine einstweilige Verfügung stoppt Rechtsverstöße meist binnen weniger Tage.
- Wenn Sie zu lange warten, können Sie keine einstweilige Verfügung mehr durchsetzen.

3. Werbung mit Testnoten: Ein Sieger unter dreien

Internet World Business 22-2008, Seite 12

Das OLG Köln (Az.: 6 U 19/08) musste darüber entscheiden, ob ein Kreditinstitut, das mit zwei anderen Instituten das Testurteil "gut" erhielt, mit der Formulierung "und gehört damit zu den Testsiegern" werben durfte. Da das Kreditinstitut nur das zweitbeste Ergebnis (2,4) hinter einem ebenfalls mit "gut" bewerteten Institut (1,6) erzielt hatte, stellte sich die Frage, ob eine irreführende Werbung vorliegt. Die Richter verneinten und begründeten dies im Wesentlichen damit, dass die Angabe "gehört damit zu den Testsiegern" für die angesprochenen Verbraucher nicht als weitergehende Behauptung einer absoluten Spitzenstellung (miss)verstanden würde. Vielmehr würde der durchschnittliche Verbraucher zwischen der Bezeichnung als "Testsieger" und der behaupteten Zugehörigkeit "zu den Testsiegern" zu unterscheiden wisse.

Praxistipp:

Unternehmen, die erfolgreich und redaktionell neutral bewertet wurden, dürfen selbstverständlich damit werben, soweit das Bewertungsverfahren zutreffend wiedergegeben wird. Die Kölner Entscheidung zeigt einen gewissen Spielraum bei der Formulierung im Hinblick auf den durchschnittlich informierten Verbraucher. Darauf hinzuweisen bleibt, dass derjenige, der eine absolute Spitzenstellung behauptet ("die Nr. 1"), diese Behauptung im Zweifel beweisen muss.

4. Einstweilige Verfügung auch ohne Abmahnung möglich

Internet World Business 21-2008, Seite 10

Das OLG Saarbrücken entschied, dass die Kosten eines einstweiligen Verfügungsverfahrens ausnahmsweise auch dann vom Antragsgegner zu tragen sind, wenn dieser nicht abgemahnt wurde (Az.: 1 W 99/08 – 19). Obwohl gemäß § 12 Abs. 1 UWG dem Gegner einer Wettbewerbssache durch Abmahnung die Gelegenheit zur Abgabe einer Unterlassungserklärung eingeräumt werden "soll", entschieden die Saarbrücker Richter, dass bei einer besonderen Dringlichkeit ohne Alternative hiervon abgewichen werden könne. Im konkreten Fall erhielt die Antragstellerin am Vormittag Kenntnis von der bevorstehenden Wettbewerbsverletzung am Folgetag. Demgemäß war die Zeit bis zum angekündigten Wettbewerbsverstoß so kurz, dass die "sofortige Einreichung eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung noch am nämlichen Vormittag ohne Alternative war", um den befürchteten Verstoß zu unterbinden.

Praxistipp: Es bleibt beim Grundsatz, dass die Kosten für den Erlass einer einstweiligen Verfügung vom Antragsteller zu tragen sind, wenn der Antragsgegner nicht abgemahnt wurde und dieser den Anspruch sofort anerkennt (§ 93 ZPO). Für das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands von § 12 Abs. 1 UWG bedarf es einer außergewöhnlichen Dringlichkeit.

5. "Opt-out"-Erklärung für E-Mail und SMS rechtswidrig

Internet World Business 20-2008, Seite 12

Der Bundesgerichtshof (BGH) hatte sich mit einer Klausel in Formularen des Kundenbindungssystems "Payback" zu befassen, in der sich Kunden mit ihrer Unterschrift damit einverstanden erklären, Werbung per Post, SMS oder E-Mail zu erhalten (Az.: VIII ZR 348/06). Dieser Klausel unterstellt war ein Feld "Hier ankreuzen, falls die Einwilligung nicht erteilt wird".

Der BGH sah diese Einwilligungsklausel als unwirksam an, da die erstrebte Datennutzung für Werbung durch E-Mail und SMS den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts widerspricht. Demnach ist eine Klausel, die so gestaltet ist, dass "der Kunde tätig werden und ein Kästchen ankreuzen muss, wenn er seine Einwilligung in die Zusendung von Werbung unter Verwendung von elektronischer Post nicht erteilen will", mit Paragraf 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG nicht vereinbar. Hinsichtlich der Werbung per Post sei die Klausel indes nicht zu beanstanden.

Praxistipp:

Speziell im Onlinebereich wird häufig versucht, durch Klickfelder und Radiobuttons ein Opt-out zu etablieren, das bei Nichtbetätigung zur E-Mail- oder SMS-Werbung führt. Anbietern sei dringend angeraten, ihre Seiten so zu gestalten, dass der Kunde (protokolliert) aktiv tätig werden muss, um sich für E-Mail- oder SMS-Werbung zu entscheiden.

6. Streitwert bei Wettbewerbssachen

Internet World Business 18-2008, Seite 10

Das Schleswig-Holsteinische OLG hatte für eine Unterlassungsverfügung wegen fehlender Widerrufsbelehrung den Streitwert mit 10.000 Euro bemessen. Das Gericht verwarf eine Beschwerde der Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin hiergegen als unzulässig, weil es für die Heraufsetzung des Streitwerts an einem Rechtsschutzinteresse fehle. Die Antragstellerin hätte nämlich einen wirtschaftlichen Nachteil, wenn die Kostenschuld gegenüber den Prozessbevollmächtigten anwüchse, es sei denn, es wäre eine über den gesetzlich vorgesehenen Sätzen liegende Honorarvereinbarung geschlossen worden. Zudem sei der Streitwert für einfache bis durchschnittliche Wettbewerbssachen angemessen, insbesondere wenn man die (kleineren) Unternehmensverhältnisse der Prozessparteien berücksichtigt (Az.: 6 W 9/08).

Praxistipp:

Oft werden Abmahnungen mit sehr hohen Streitwerten versehen, um einen hohen Gebührenanspruch zu erzielen. Liegt ein Wettbewerbsverstoß vor, gilt es zunächst, die Wiederholungsgefahr durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung zu beseitigen. Dafür muss der Erstattungsanspruch nicht

vollständig anerkannt werden. Auch liegt bei Zahlung auf Basis eines niedrigeren Streitwerts das Kostenrisiko einer Klage auf den Rest beim Abmahnenden.

7. Händler auch bei Portal impressumspflichtig

Internet World Business 17-2008, Seite 10

Das OLG Düsseldorf verurteilte einen Händler, der sich auf einem Händlerportal eingetragen hat, wegen eines unvollständigen Impressums zur Unterlassung. Der Händler hatte im Rahmen seines Eintrags in die Datenbank der Händlerportalseite die Handelsregisterangaben nicht angeführt und bei der Umsatzsteueridentifikationsnummer angegeben "nicht vorhanden", obgleich es sich um eine KG handelte. Das Gericht erblickte darin einen Verstoß gegen die Impressumspflicht aus Paragraf 5 Absatz 1 Telemediengesetz (TMG) und zudem einen Wettbewerbsverstoß nach Paragraf 4 Nummer 11, Paragraf 3 UWG (Az.: 1-20 U 17/07). Die Richter betonten, dass bei fehlenden oder sogar falschen und irreführenden Pflichtangaben bei einem Nutzer nicht nur unerhebliche Verwirrung entstünde, da "dieser sich nicht im Klaren darüber ist, mit welcher Rechtsperson und welchen Identifikationsdaten er es hier zu tun hat". Als besonders bedenklich bewertete das Gericht die Angabe, wonach die Umsatzsteueridentifikationsnummer nicht vorhanden sei, weil daraus der Rückschluss zu ziehen sei, dass eine Umsatzsteuerpflichtigkeit nicht bestünde.

Praxistipp:

Jeder Händler, der sich eigenständig zu gewerblichen Zwecken in ein Portal einträgt, hat ein vollständiges Impressum vorzuhalten.

8. Werbung kann strafbar sein

Internet World Business 13-2008, Seite 10

Mit Urteil vom 30.05.2008 hat der Bundesgerichtshof drei Angeklagte wegen strafbarer Werbung gemäß Paragraf 16 Absatz 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) verurteilt (Az.: 1 StR 166/07). Die Angeklagten hatten über Adressdatenbanken vornehmlich ältere Menschen mit geringer Bildung personalisiert angeschrieben und diese darüber unterrichtet, dass sie angeblich in einem Gewinnspiel einen Sachpreis gewonnen hätten. Diesen unwahren und irreführenden Gewinnmitteilungen waren Warenkataloge beigefügt, die zur Bestellung ermuntern sollten. Da es sich bei den übersandten Geschenken nur um "wertlosen Plunder" handelte, sah der 1. Strafsenat die Absicht zur Irreführung, "den Anschein eines besonders günstigen Angebotes hervorzurufen" als begründet an.

Praxistipp:

Wenngleich es sich hier um einen krassen Ausnahmefall gehandelt hat, muss doch darauf hingewiesen werden, dass irreführende Werbung mit unwahren Angaben, die den oben genannten falschen Anschein erweckt, nach Paragraf16 Absatz 1 UWG strafbar sein kann. Die Grenze zwischen plakativer, irreführender und strafbarer Werbung ist fließend, sodass sich jeder Unternehmer im Vorfeld einer geplanten Werbemaßnahme der Rechtmäßigkeit versichern sollte.

9. Impressum: E-Mail reicht als Kontakt aus

Internet World Business 12-2008, Seite 10

Der Bundesgerichtshof bat den Europäischen Gerichtshof um Beantwortung, ob ein Internetanbieter im Binnenmarkt verpflichtet sei, auf seiner Webseite neben der E-Mail-Adresse auch eine Telefonnummer anzugeben. Inzwischen liegen in dieser Sache die Schlussanträge des EU-Generalanwalts Damaso Ruiz-Jarabo Colomer vor (Rechtssache C-298/07).

Entscheidend für die Auslegung war die Richtlinienformulierung, wonach vom Anbieter Angaben verlangt werden, die eine "schnelle Kontaktaufnahme" und "eine unmittelbare und effiziente Kommunikation" ermöglichen. Der Generalanwalt vertrat nun im Rahmen seiner Schlussanträge die Auffassung, dass die Kommunikation mittels E-Mail unmittelbar (weil ohne Vermittler) und effizient sei. Zur Effizienz führte er aus, soweit "die Antwortfrist nicht zu sehr ausgedehnt wird", habe die Schriftform einen unleugbaren Vorteil als Beweismittel.

Praxistipp:

Bislang ist der EU-Gerichtshof meistens den Schlussanträgen der Generalanwälte gefolgt, sodass es für reine Internetanbieter in Zukunft ausreichend sein dürfte, nur eine E-Mail-Adresse anzugeben. Wichtig ist indes, dass es sich aber auch tatsächlich um eine E-Mail-Adresse handelt und nicht nur ein bloßes Kontaktformular zur Verfügung gestellt wird.

10. Kontaktformular reicht nicht für Impressum

Internet World Business 08-2008, Seite 10

Das Landgericht Essen entschied mit Urteil vom 19.09.2007, dass die Verwendung eines Kontaktformulars anstelle einer E-Mail-Adresse nicht den Anforderungen an die Impressumspflicht gemäß Paragraf 5 Telemediengesetz (TMG) entspricht (Az.: 44 O 79/07). Die Richter stützten ihre Entscheidung auf die Anforderungen nach Paragraf 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG, da es bei der Verwendung eines Kontaktformulars an der ausdrücklich normierten Aufnahme der Adresse der elektronischen Post fehle, über die eine schnelle Kontaktaufnahme ermöglicht werden soll.

Praxistipp:

Websitebetreiber sollten sich das Urteil zu Herzen nehmen. Nicht selten wird anstelle einer E-Mail-Adresse ein Kontaktformular verwendet, schlimmstenfalls noch mit

Funktionalitäten, die zwingend eine Aufnahme personenbezogener Daten erfordern, die für eine Anfrage nach dem datenschutzrechtlichen Grundsatz der Datenvermeidung und Datensparsamkeit nicht erforderlich sind. Ohne Angabe dieser Daten funktioniert das Kontaktformular indes häufig nicht. Übrigens sind Kontaktformulare im Verhältnis zu E-Mail nicht unbedingt nutzerfreundlich, wenn Besucher Ihrer Site ein Mail-Programm haben. Anbietern steht es selbstverständlich frei, neben der E-Mail-Adresse zusätzlich auch ein Kontaktformular zu offerieren.

11. Telefax nicht zwingend

Internet World Business 06-2008, Seite 12

Das Hanseatische Oberlandesgericht wies ein Unterlassungsbegehren wegen der fehlenden Angabe eines Telefaxanschlusses im Impressum eines Online-Anbieters als unbegründet zurück (Az.: 5 W 77/07). Die Richter vermochten den gesetzlichen Bestimmungen keine Verpflichtung zu entnehmen, dass "der Unternehmer stets auch eine Kommunikation per Telefax als Fernkommunikationsmittel (É) zwingend vorzuhalten" habe. Vielmehr normiere diese Vorschrift das "klare und verständliche Bereitstellen von Information nur entsprechend einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise, ohne dieses vorzugeben". Im Klartext: Man muss keine Faxnummer angeben, wenn andere Kommunikationskanäle zur Verfügung stehen, mit denen der Online-Anbieter unmittelbar erreichbar ist.

Praxistipp:

Für Online-Anbieter bedeutet diese Entscheidung, dass E-Mail als Kommunikationsweg (anstelle von Telefax) im Fernabsatz ausreicht. Umstritten ist dagegen, ob Online-Anbieter im Impressum eine Telefonnummer anzugeben haben und wenn nicht, ob dann die Angabe einer E-Mail-Adresse ausreichend ist oder ein zweiter Kommunikationsweg eröffnet werden muss. Zu diesem Thema läuft derzeit ein Vorabentscheidungsverfahren des BGH beim Europäischen Gerichtshof (Az.: I ZR 190/04).

12. Verfalldatum nach einem Jahr unwirksam

Internet World Business 04-2008, Seite 12

Auch vor dem Oberlandesgericht München hat Amazon im Streit um die beschränkte Gültigkeitsdauer von Gutscheinen eine Niederlage einstecken müssen. Das OLG München bestätigte das vorinstanzliche Urteil gegen den Internetversender, wonach die Gültigkeitsbeschränkung eines Gutscheins auf ein Jahr unwirksam ist (Az.: 29 U 3193/07). Die Münchner Richter bewerteten diese Beschränkung als doppelte Benachteiligung des Verbrauchers, da der Zeitraum für die Geltendmachung des Anspruchs "auf höchstens ein Drittel des vom gesetzlichen Leitbild Vorgesehen herabgesetzt" wird. Zum anderen würde durch den vollständigen Wegfall des Anspruchs ausgeschlossen, dass mit unverjährten Ansprüchen aufgerechnet werden kann. Der Gesetzgeber geht von einer dreijährigen Gültigkeitsdauer aus.

Es bleibt beim bisherigen Praxistipp, wonach Anbieter von einer solchen Beschränkung Abstand nehmen sollten. Eine Beschränkung auf zwei Jahre könnte zwar wirksam sein, müsste aber ebenfalls noch gerichtlich geklärt werden, sodass es hier auf die eigene Risikofreudigkeit ankommt. Da der Gutschein ein Erfüllungssurrogat für die Zahlung ist, bleiben die gesetzlichen Rückabwicklungsansprüche im Fernabsatz freilich davon unberührt (ausführlich dazu: INTERNET WORLD Business 17/2007, S. 8).

13. Werbung in illegalen Tauschbörsen verboten

Internet World Business 23-2007, Seite 10

Das Landgericht Frankfurt (Az.: 3-08 O 143/07) untersagte dem Telekommunikationsdienstleister Arcor die Werbung auf einer Internet-Tauschbörse wegen unlauteren Wettbewerbs. Damit entschied erstmals ein deutsches Gericht, dass die Ausnutzung der Popularität eines illegalen Portals zur Schaltung eigener Werbung – ohne dass die Werbung selbst rechtswidrig ist – als wettbewerbswidrig einzustufen ist.

Praxistipp:

Für Anbieter stellt sich bei ihrem Werbeengagement auf Basis des Urteils die Frage, ob sie den Vorteil der hohen Publizität und gegebenenfalls niedrigen Werbepreise dem Risiko von Unterlassungsansprüchen entgegenstellen möchten. Zwar dürfte das Urteil nur insoweit übertragbar sein, als es sich um Seiten handelt, deren Illegalität offensichtlich ist. Eine wettbewerbsrechtliche Haftung des Werbeunternehmens für nicht unmittelbar erkennbare Rechtswidrigkeit von Anbietern folgt aus dem Urteil nicht. Wenn sich indes der Werber die hohe Popularität eines illegalen Portals, welches bekanntermaßen als Plattform für Urheberrechtsverletzungen dient, für eigene Zwecke zunutze macht und damit gleichzeitig das Portal finanziell fördert, ist es logisch nachvollziehbar, dieses Verhalten aufgrund des illegalen Kontextes als wettbewerbswidrig zu bewerten.

14. „Cold Calling“ bleibt wettbewerbswidrig

Internet World Business 21-2007, Seite 12

Der Bundesgerichtshof verurteilte den Betreiber einer Internet-Suchmaschine wegen unaufgeforderten Anrufens eines Unternehmens, das sich kostenlos eingetragen hatte. Der Anbieter versuchte das Unternehmen durch einen unaufgeforderten Telefonanruf dazu zu veranlassen, den kostenlosen Eintrag in der Suchmaschine zu einem erweiterten, aber entgeltlichen Eintrag umzuwandeln. Die Richter werteten dies im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung als unzumutbare Belästigung nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, da der Anbieter wegen des bereits vorhandenen Suchmaschineneintrags nicht davon ausgehen durfte, dass das Unternehmen mit dem Anruf einverstanden sei (Az.: I ZR 88/05).

Praxistipp:

Schon länger war allgemein bekannt, dass das unaufgeforderte Anrufen von Verbrauchern wie auch Gewerbetreibenden wettbewerbswidrig ist und zu Unterlassungsansprüchen führen kann. Anbieter, die kostenlose Einträge in Verzeichnissen ermöglichen, sollten aus diesem Grund nicht versuchen, durch telefonische Kontaktaufnahme hier einen entgeltlichen Eintrag zu erreichen. Soweit der Eintrag durch das Unternehmen selbst veranlasst wurde, mag im Einzelfall zu klären sein, inwieweit ein solches Angebot per E-Mail zulässig sein kann.

15. Irreführende Werbung kann strafbar sein

Internet World Business 19-2007, Seite 12

Das Amtsgericht Königstein/Ts. verurteilte den Anbieter eines Schlüsseldienstes wegen vorsätzlicher irreführender Werbung zu einer Geldstrafe, weil dieser wahrheitswidrig in regionalen Branchenverzeichnissen vorgespiegelt hatte, er sei in der betreffenden Region auch präsent (Az.: 7400 Js 205867/02 WI). Die wenigsten wissen, dass man wegen irreführender Werbung nicht nur zivilrechtlich in Anspruch genommen, sondern auch bestraft werden kann, wenn diese durch unwahre Angaben den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorruft und in öffentlichen Bekanntmachungen für einen größeren Kreis von Personen bestimmt ist (§ 16 UWG). Für eine solche Vorsatztat genügt es, wenn der Anbieter in der Absicht handelt, das Angebot in besonders günstigem Licht erscheinen zu lassen. Worin das Günstige eines Angebots besteht, ist gleichgültig. Es kann – beispielsweise – im Preis, in der Güte einer Ware, im Alter eines Unternehmens oder in einer besonderen Herkunft liegen.

Praxistipp:

Wenn sich ein Internetanbieter als großes Unternehmen geriert und durch fiktive Namen im Servicebereich die besondere Leistungsfähigkeit herausstellt, tatsächlich sich aber dahinter nur eine einzige natürliche Person verbirgt, besteht ein erhebliches Risiko einer strafrechtlichen Verurteilung.

16. Gutschein bleibt gut

Internet World Business 17-2007, Seite 8

Eine zu starke Verkürzung der Gültigkeitsdauer ist nicht erlaubt

Wer einen Gutschein von Amazon erhält, muss sich mit dem Einlösen beeilen, dies stand zumindest bisher in den AGB des Onlinehändlers: Die Gültigkeitsdauer betrug demnach maximal ein Jahr, danach konnten auch Restguthaben nicht mehr eingelöst werden. Allerdings kassierten die Richter des Landgerichts München I diese Regelung als unwirksam, da die Verkürzung der Verjährung von drei Jahren auf ein Jahr durch AGB erheblich vom gesetzlichen Leitbild abweiche, sodass diese Benachteiligung zur Unwirksamkeit führe. Seit 2002 beträgt die Regel-Gültigkeitsdauer von Gutscheinen drei Jahre, vorher waren es 30 (!) Jahre.

Dem Argument von Amazon, dass eine lange Verwaltung von Gutscheinkonten und die damit verbundene notwendige Bilanzierung der Gutscheine mit einem erheblichen Verwaltungsaufwand behaftet sei, wollten die Münchner Richter nicht folgen. Vielmehr würde ein Großteil der Gutscheine innerhalb der ersten Monate eingelöst, außerdem überwiegen nach Ansicht der Kammer die Interessen der Verbraucher an einer möglichst langen Gültigkeit.

Das kleine Gutschein-1x1

Zunächst bedeutet ein Gutschein, dass der Inhaber Ware im Gutscheinwert beim Aussteller frei aussuchen kann. Dies besagt indes auch, dass tatsächlich Ware (ggf. auch Leistungen wie ein Kinobesuch) beim Aussteller ausgesucht werden muss, also weder der Geldbetrag verlangt noch gar woanders eingekauft werden kann.

Wenngleich dies gesetzlich nicht geregelt oder gerichtlich geklärt wurde, dürfte das Recht bestehen, einen Gutschein solange zu stückeln, bis er aufgelöst wurde. Wichtig für den Internetversender ist hier, dass er den Gutschein nicht zu kurz befristet, da ansonsten – wie bei Amazon geschehen –die Gefahr der Verwendung unwirksamer AGB besteht. Im Jahr 2000 entschied das Hanseatische Oberlandesgericht, dass ein Kinogutschein nicht vor Ablauf von zwei Jahren verfallen dürfe (Az.: 10 U 11/00). Es spricht einiges dafür, dass eine solche Verkürzung der Gültigkeitsdauer statthaft ist, eine höchstrichterliche Entscheidung dazu gibt es jedoch nicht.

Der Gutschein ändert nichts an den gesetzlichen Rücktritts- beziehungsweise Widerrufsansprüchen. Er ist nur ein Ersatz für die Zahlung. Wer einen Gutschein als Marketinginstrument einsetzt, muss darüber hinaus noch beachten, dass mit der Werbemaßnahme nicht etwa eine irreführende oder allgemein unlautere Werbung einhergeht. Wettbewerbsrechtlich gelten Gutscheine zudem grundsätzlich als besonders anlockende Wertreklame.

Nicht zu verlockend

Im Einzelfall problematisch kann die Koppelung des Gutscheinwerts mit einem bestimmten Mindestbestellwert sein. Für den BGH ist in diesem Zusammenhang wichtig, ob der "Einsatz des Werbemittels dazu führt, die freie Entschließung der angesprochenen Verkehrskreise so nachhaltig zu beeinflussen, dass ein Vertragsschluss nicht mehr von sachlichen Gesichtspunkten, sondern maßgeblich durch das Streben nach der in Aussicht gestellten Vergünstigung bestimmt wird, mit der Folge, dass die Rationalität der Nachfrageentscheidung auch bei einem verständigen Verbraucher vollständig in den Hintergrund tritt" (Az.: I ZR 187/02). Das Angebot darf also nicht zu verlockend sein.

Vorsicht bei Kindern

Maßgeblich für die jeweilige Einzelfallbetrachtung ist hier insbesondere die angesprochene Zielgruppe – vor allem bei Kindern mit geringen Einkünften und wenig Verbrauchererfahrung ist Vorsicht geboten.

Ein Ausnutzen geschäftlicher Unerfahrenheit liegt immer dann nahe, wenn beispielsweise Kinder durch werbliche Anreize bewogen werden sollen, überteuerte oder ungeeignete Waren zu kaufen, die ein geschäftlich erfahrener

Durchschnittsverbraucher vernünftigerweise nicht erwerben würde (OLG Frankfurt, Az.: 6 U 224/04).

Wer als Internethändler Gutscheine als Marketinginstrument einsetzen möchte, sollte den Punkten Gültigkeitsdauer, Verbraucherrechte und Angebotsgestaltung besondere Aufmerksamkeit schenken. Das ist der beste Weg, um lästige Abmahnungen von Wettbewerbern zu vermeiden.

17. Vorsicht bei Verleih von eBay-Account

Internet World Business 17-2007, Seite 8

Das Oberlandesgericht Stuttgart verurteilte den Inhaber eines Ebay-Accounts wegen Verstoß gegen Informationspflichten im Zusammenhang mit dem Widerrufsrecht (Az.: 2 W 71/06). Dieser hatte sich mit dem Hinweis verteidigt, er habe seinen Account einer anderen Person zur Verfügung gestellt und sei somit für die begangenen Verstöße nicht verantwortlich. Die Richter bezogen sich in ihrer Urteilsbegründung auf Paragraf 1004 BGB und schrieben, dass auch derjenige als Störer haftet, "der – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – ohne Wettbewerbsförderungsabsicht und ohne Verschulden an einem Wettbewerbsverstoß (...) in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal an der Herbeiführung der rechtswidrigen Beeinträchtigung mitwirkt".

Da in vorliegendem Fall unstreitig war, dass der Account-Inhaber einem Dritten ermöglichte, unter seinem Namen Waren zum Verkauf anzubieten, hat dieser "willentliche Beitrag adäquat kausal an der Herbeiführung des rechtswidrigen Zustands mitgewirkt".

Praxistipp:

Sie sollten anderen Personen die Nutzung Ihres eigenen Ebay-Accounts nicht gestatten, erst recht nicht für gewerbliche Handlungen. Ermöglichen Sie dies trotzdem, sind Sie in der Haftung, wenn der "Untermieter" gegen rechtliche Bestimmungen verstößt.

18. Auskunftsanspruch bei Werbe-SMS

Internet World Business 16-2007, Seite 10

Der BGH entschied jüngst, dass nicht nur Verbraucherschutzverbänden, sondern auch Verbrauchern selbst ein Auskunftsanspruch gegen die Telefongesellschaft zusteht, wenn von einer identifizierten Telefonnummer eine unverlangte Werbe-SMS versendet wird (Az.: I ZR 191/04). Ein Verbraucher hatte T-Mobile verklagt, nachdem er eine SMS mit einer Nummer erhalten hatte, die von T-Mobile vergeben worden war. Die Richter stützen den Auskunftsanspruch auf Namen und Anschrift des fraglichen Inhabers auf § 13a Unterlassungsklagengesetz (UKlaG). Demnach haben Adressaten unverlangter Werbeanrufe einen Auskunftsanspruch gegenüber der betreffenden Telefongesellschaft. Da umstritten war, ob ein Privatmann Auskunft verlangen kann, wenn ein entsprechender Anspruch eines Verbands besteht

(§ 13a S. 2 UKlaG) entschieden die Richter diese Grundsatzfrage dahingehend, dass ein solcher Anspruch nur dann ausscheidet, wenn ein Verband einen solchen Anspruch bereits geltend gemacht hat.

Praxistipp:

Wie auch bei E-Mails steigt für Versender von Werbe-SMS das Risiko von den Betroffenen direkt in Anspruch genommen zu werden. Aufgrund der Rufnummernübertragung lässt sich der Versender ermitteln – gegebenenfalls mithilfe des Telefonproviders.

19. Wer mit Resultaten von Produkttests wirbt, muss Rahmenbedingungen beachten

Internet World Business 11-2007, Seite 10

Die Bedeutung von Testergebnissen für den Absatz von Markenprodukten darf nicht unterschätzt werden. Bereits vor Jahren ermittelte beispielsweise die Stiftung Warentest in Berlin, dass 75 Prozent aller Produkte, die von den Warentestern mit "befriedigend" oder schlechter bewertet wurden, innerhalb eines Jahres entweder vom Markt genommen oder vom Hersteller deutlich modifiziert wurden. Und eine Auszeichnung wie "Europas Digitalkamera des Jahres" kann – so sehen es Branchen-Insider – den Absatz des solchermaßen gekürten Geräts um bis zu 60 Prozent nach oben treiben. Allerdings müssen bei der Verwendung von Testergebnissen zu Werbezwecken einige Dinge beachtet werden, sonst drohen juristische Probleme.

Das Hanseatische Oberlandesgericht verurteilte jüngst einen Anbieter zur Unterlassung, der mit einem Testergebnis geworben hatte, ohne die Fundstelle anzugeben. Das Gericht bewertete das Fehlen der Fundstellenangabe als unlauter im Sinne des § 3 UWG (Az.: 3 U 240/06). Die Richter stellten darauf ab, dass auch im Falle der sogenannten Testhinweiswerbung "der Werbende auf die Ergebnisse von Tests eines unabhängigen Dritten Bezug" nimmt, "was den werblichen Angaben ein besonderes – quasi objektives – Gewicht verleiht. Auch insoweit besteht ein besonderes Bedürfnis des angesprochenen Verkehrs, den angegebenen Test im Einzelnen nachzulesen".

Urteilsanalyse

Das Urteil fügt sich in die gängige Rechtsprechung ein, wonach die Werbung mit Testergebnissen gewissen Restriktionen unterliegt. Untersuchungsergebnisse dürfen nicht dazu verwendet werden, dem Verbraucher einen Eindruck von der Überlegenheit einzelner Produkte zu vermitteln, wenn diese Ergebnisse dies nicht rechtfertigen. Wenn beispielsweise mit dem Testergebnis "gut" geworben wird, muss der Werbende darauf hinweisen, dass ein Großteil der Konkurrenzprodukte mit "sehr gut" abgeschnitten hat, so entschied der BGH bereits vor 25 Jahren.

Praxistipp

Wer mit Testergebnissen wirbt, tangiert stets den Tatbestand der irreführenden und vergleichenden Werbung, sodass man sich zur Vermeidung von Abmahnungen an verschiedene Vorgaben halten sollte. Mit Blick auf die vergleichende Werbung werden besonders Mitbewerber die Bewerbung mit Testergebnissen sehr genau beobachten. Wie bereits angesprochen, muss bei einem Produkt, das nur mit "gut" abgeschnitten hat, auf andere mit "sehr gut" bewertete Produkte hingewiesen werden. Hat dagegen ein Produkt "sehr gut" abgeschnitten, bedarf es nicht des Hinweises, dass andere Konkurrenzprodukte ebenfalls diese Bewertung erzielt haben. Soweit man sich oder sein Produkt als "Testsieger" bezeichnet, muss es sich um einen repräsentativen Test handeln, es dürfen also nicht nur wenige Produkte des relevanten Marktes getestet worden sein. Auch sicherzustellen ist, dass das Produkt, welches mit dem Testergebnis beworben wird, auch tatsächlich getestet wurde; eine Ähnlichkeit oder technische Baugleichheit reicht nicht aus und stellt eine Irreführung dar.

Ferner sollte bei einer Werbung mit älteren Testergebnissen im Einzelfall konkret geprüft werden, ob es zwischenzeitlich bereits aktuellere Veröffentlichungen gibt, oder die Testergebnisse durch neuere Untersuchungen, beispielsweise einen technischen Fortschritt, überholt sind.

Werden beispielsweise einzelne Filialen oder Beratungsstellen eines Unternehmens oder Vereins getestet, so ist es irreführend, wenn der Eindruck erweckt wird, die vergebene Testnote beziehe sich auf die gesamte Organisation (BGH I ZR 253/02).

Die wohl meistzitierte Prüfinstanz für Produkttesturteile, die Stiftung Warentest, hat auf ihrer Website genaue Richtlinien über die Verwendung ihrer Test-Logos und der Testergebnisse veröffentlicht. Im Lauf der Zeit wurden auch die Testsiegel immer wieder modifiziert. Bei Tests von Fachzeitschriften empfiehlt es sich übrigens, vor der Verwendung des Testurteils Kontakt mit dem Verlag aufzunehmen, der kann oft eine Vorlage des Siegels liefern.

Für ein Unternehmen ist es immer erfreulich, wenn durch einen objektiven Tester Dienstleistungen oder Waren positiv getestet wurden. Berücksichtigt ein Werbender die entsprechenden Anforderungen, vermeidet er eine Inanspruchnahme und einer Anpreisung mit Testergebnissen steht nichts im Wege.

20. 10.000 Euro Streitwert bei Spam

Internet World Business 08-2007, Seite 8

Das Oberlandesgericht Koblenz entschied jüngst, dass der Streitwert bei einer gerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen wegen der unaufgeforderten Zusendung werblicher E-Mails 10.000 Euro beträgt (Az.: 15 W 590/06). Bekanntlich berechnen sich die Rechtsanwaltsgebühren aus dem Streitwert, sodass hieraus nicht unerhebliche Kostenrisiken für den Spammer im Raum stehen. Die Koblenzer Richter begründeten die Angemessenheit des Streitwerts insbesondere damit, dass dem Ärgernis der unerwünschten Werbemails "nur durch eine entsprechende Streitwertfestsetzung angemessen begegnet werden" könne. "Die vereinzelt von den Amtsgerichten vertretene Auffassung, Spam-Mails hätten nur Bagatellcharakter, teilt der Senat nicht." Damit legt erstmals ein Oberlandesgericht die Streitwert-Latte höher. Ein Teil der Amts- beziehungsweise Landgerichte ging bisher von geringeren

Streitwerten, beispielsweise 1.000 Euro (LG Berlin, Az.: 16 O 132/07) und 4.000 Euro (LG Potsdam, Az.: 2 O 360/06) aus.

Praxistipp:

Mit dieser Entscheidung eines Oberlandesgerichts erhöht sich das finanzielle Risiko für Spam-Versender erheblich, da bei 10.000 Euro Streitwert bei einer Abmahnung allein 651,80 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer an Anwaltsvergütung fällig werden.

21. Pflicht zum Hinweis auf Umsatzsteuer

Internet World Business 05-2007, Seite 8

Wer seine Waren an Endverbraucher verkauft, muss beim Preis auch auf die Umsatzsteuer hinweisen. Das Hanseatische Oberlandesgericht untersagte einem Anbieter von Speichermedien im Wege der einstweiligen Verfügung, seine Ware ohne den eindeutig zuzuordnenden Hinweis darauf zu bewerben, dass die Preise einschließlich Umsatzsteuer gelten (OLG Hamburg, Az.: 3 W 224/06).

Die Richter sahen in dem fehlenden Hinweis eine Verletzung des Wettbewerbsrechts in Verbindung mit der Preisangabenverordnung, da der Zweck des Gesetzes nach seiner amtlichen Begründung gerade auf eine Klarstellung gegenüber Verbrauchern abzielt. Der Gesetzgeber will damit ansonsten unnötige Nachfragen und die Gefahr von Missverständnissen von vornherein vermeiden.

Die Richter bemängelten im vorliegenden Fall, dass der Verbraucher in seinem Verständnis der Preisangabe verunsichert werde. Er sei nämlich aufgrund der Angebote gesetzestreuer Wettbewerber gewohnt, dass sich Preise "inklusive Umsatzsteuer" verstehen.

Praxistipp:

Im Hinblick auf die wettbewerbsrechtlichen Risiken sollte sich daher insbesondere jeder Internetshopbetreiber mit dieser Verpflichtung auseinandersetzen.

22. Telefonwerbung gegenüber Unternehmern rechtswidrig

Internet World Business 24-2006 , Seite 10

Im Privatleben kennen wir sie, die Anrufer, die uns ungefragt Lebensversicherungen, Zeitschriftenabos und Geldanlagen aufnötigen wollen. Diese "Kaltakquise" ist nicht nur gegenüber Privatleuten verboten. Der Bundesgerichtshof bestätigte die Verurteilung gegenüber einem Vermittler, der mit Handwerksunternehmen im Wege der Telefonwerbung in Kontakt getreten war (Az.: I ZR 191/03). Die Richter des 1. Zivil-senats entschieden, dass eine Telefonwerbung dann rechtswidrig sei, wenn sie weder dem tatsächlichen noch dem mutmaßlichen Willen des Angerufenen

entspricht. Bei einem Gewerbetreibenden könne zwar regelmäßig ein mutmaßliches Interesse an einer telefonischen Kontaktaufnahme durch potenziellen Kunden vermutet werden. Von einem solchen Interesse könne aber nicht ausgegangen werden, wenn die Kontaktaufnahme dem Anbieten der eigenen Leistung des Anrufenden dient.

Praxistipp:

Genau wie das unaufgeforderte Zusenden werblicher E-Mails kann unaufgeforderte Telefonwerbung auch gegenüber Gewerbetreibenden stets zu Unterlassungsansprüchen führen. Angerufene können sich vor dieser oft lästigen Marketing-Maßnahme wirksam wehren; der Anrufer trägt das Risiko, die erforderliche "mutmaßliche Einwilligung" zu beweisen.

23. Zwei Klicks für Impressum ausreichend

Internet World Business, 23/06, Seite 10

Der Bundesgerichtshof hat kürzlich über die häufig diskutierte Frage entschieden, wie "leicht" ein Impressum nach § 6 Teledienstegesetz (TDG) erreichbar sein muss. Während nach einer häufig geäußerten Meinung die Erreichbarkeit von der Startseite erforderlich sein sollte, entschied das höchste Zivilgericht nun, dass eine leichte und unmittelbare Erreichbarkeit auch noch gegeben sei, wenn über den abgesetzten Link "Kontakt" auf der Startseite und dort über den weiteren Link "Impressum" die Anbieterkennzeichnung abgerufen werden kann (Az.: I ZR 228/03).

Der Erste Zivilsenat stellte – wie im Verfahren zur Einbeziehung von AGB durch einen gut sichtbaren Hinweis (Az.: I ZR 75/03) – auf den "durchschnittlich informierten Nutzer des Internet" ab, der die Bezeichnung "Kontakt" als Hinweis auf die Anbieterkennzeichnung verstehe.

Damit hat der BGH geklärt, dass nicht sämtliche Informationen immer sofort sichtbar sein müssen. Vielmehr reicht es, wenn ein Nutzer diese über einen gut sichtbaren Link erreichen kann.

Praxistipp:

Natürlich ist es – ein halbwegs seriöses Geschäftsmodelll vorausgesetzt – kein Schaden, wenn Sie auf Ihrer Startseite gut sichtbar einen Link mit der Bezeichnung "Impressum" oder "Anbieterkennzeichnung" platzieren.

24. Keine Haftung für Exit-Pop-ups von Affiliate

Internet World Business 22-2006, Seite 10

Das Amtsgericht Pforzheim wies eine Unterlassungsklage gegen einen Online-Anbieter wegen einer durch einen Affiliate eines Anbieters versandten Werbe-E-Mail ab. Die Besonderheit des Falls lag darin, dass der verklagte Anbieter nicht in der E-

Mail des Affiliates unmittelbar beworben wurde, sondern erst nach dem Anklicken des Links in der E-Mail und dann erst beim Verlassen der so verlinkten Affiliate-Seite durch ein Exit-Pop-up (Az.: 1 C 284/03). Das Gericht verneinte einen diesbezüglichen Unterlassungsanspruch insbesondere damit, dass dem Linksetzer nicht "sämtliche Seiten zugerechnet werden, zu denen sich eine Verbindung zu ihm herstellen lässt".

In die gleiche Kerbe schlägt auch ein Urteil des Landgerichts Frankfurt, das beim Fehlen der technisch oder wirtschaftlichen Zumutbarkeit eine Haftung eines Anbieters für seinen Affiliate ohne konkrete Anhaltspunkte ebenfalls verneinte (Az.: 2/03 O 537/04).

Praxistipp:

Da hierzu auch entgegengesetzte Urteile der Landgerichte Hamburg und Köln existieren, sollte jeder Online-Anbieter durch entsprechende vertragliche Regelungen sicherstellen, dass Werbemaßnahmen durch Partner, die sein Unternehmen betreffen, vorab abzustimmen sind.

25. Schleichwerbung im Web

Internet World Business 18-2006, Seite 10

Ein Werbe-Link in einem redaktionellen Angebot kann gefährlich werden

Die klare Trennung zwischen redaktionellen Inhalten und bezahlter Werbung ist bei Medienprodukten – egal ob Website oder Tageszeitung – nicht nur eine journalistische Grundtugend, sie ist für Websites auch gesetzlich festgeschrieben, und zwar im Mediendienste-Staatsvertrag (MDStV)

Das Kammergericht Berlin verurteilte bild.de, den Online-Ableger der "Bild-Zeitung", wegen eines aus einem redaktionellen Textteil auf eine Werbeseite führenden bezahlten Hyperlinks (Az.: 5 U 127/05). Die Berliner Richter stuften einen solchen Link als Schleichwerbung ein, da Werbung als solche klar erkennbar und vom übrigen Inhalt der Angebote eindeutig getrennt zu sein hat (§ 13 Abs. 1 Satz 1 MDStV).

Urteilsanalyse

In der juristischen Literatur wird bereits seit Langem anerkannt (inzwischen ist dies auch durch einige Entscheidungen bestätigt), dass die ursprünglich aus dem Presserecht stammenden Grundsätze der Trennung von redaktionellen Textteilen und Werbung auch für journalistisch-redaktionell gestaltete Online-Medien gelten. Zur Diskussion stand indes, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen ein Link aus einem Text zu einem Produkt zulässig ist oder gegen das Trennungsgebot verstößt.

Das Gericht führte hierzu aus, dass "ein Link, der aus einem redaktionellen Zusammenhang auf eine Website führt", so gestaltet werden muss, "dass für den

Nutzer erkennbar ist, dass auf eine Werbeseite verwiesen wird. Fehlt es daran, liegt ein Verstoß gegen den Trennungsgrundsatz vor".

Ein solcher Verstoß, so befanden die Richter, lag in diesem Fall vor, und damit gleichzeitig eine relevante Täuschung im Sinne des Wettbewerbsrechts, da dem Leser eine entgeltliche Anzeige als redaktioneller Beitrag präsentiert wird. Dadurch wird das Vertrauen des Lesers in die journalistische Unabhängigkeit enttäuscht und das in redaktioneller Tarnung beworbene Produkt wegen der großen Wertschätzung des Lesers für redaktionelle Beiträge erheblich aufgewertet.

Praxistipp:

Das Urteil betrifft zunächst klassische presse- und medienrechtliche Tatbestände, sodass niemand befürchten muss, wegen Eigenwerbung auf seiner eigenen Unternehmensseite diesbezüglich in Anspruch genommen zu werden.

Für Anbieter von Informations- und/oder Bewertungsportalen sowie sonstigen an die Allgemeinheit gerichteten Informations- und Kommunikationsdiensten, bei denen eine Aufbereitung von Inhalten mit dem Ziel der Meinungsbildung im Vordergrund steht, gilt gemäß § 13 Abs. 2 MDStV: "Werbung muss als solche klar erkennbar und vom übrigen Inhalt der Angebote eindeutig getrennt sein. In der Werbung dürfen keine unterschwelligen Techniken eingesetzt werden."

Bezahlte Anzeigen müssen daher so gestaltet sein, dass sie durch Gestaltung und Anordnung als Werbung kenntlich gemacht werden. Der Begriff "Anzeige" oder "Werbung" muss nicht zwingend verwendet werden. Die Grenze zu einer solchen Kennzeichnungspflicht verläuft dort, wo dem Leser die Möglichkeit der Wahrnehmbarkeit genommen wird.

Um sich das Vertrauen des Lesers in redaktionelle Beiträge und die daraus vermutete Objektivität durch redaktionelle Unabhängigkeit zu Nutze zu machen, haben indes verschiedene Anbieter redaktionelle Seiten oder Portale aufgebaut, von denen aus dann mit "redaktionellen Besprechungen" von Produkten auf diese per Link verwiesen wird. Soweit auch hier der Tatbestand der Schleichwerbung erfüllt ist, besteht die Gefahr einer Inanspruchnahme auf Unterlassung.

26. Impressumspflicht bei gemeinsamem Portal

<u>Internet World Business, 14/06, Seite 12</u>

Das Landgericht Wiesbaden hat am 03.08.2006 in zwei Parallelverfahren (Az.: 13 O 43/06 und 13 O 58/06 – beide nicht rechtskräftig) entschieden, dass einzelne Schwestergesellschaften einer Elektronikmarktkette, die im Rahmen einer gemeinsamen Internet-Präsenz auf eigenen Unterseiten Waren anbieten, als eigenständige Diensteanbieter gemäß § 6 Teledienstegesetz (TDG) auch ihre jeweilige Anbieterkennzeichnung vorhalten müssen.

Die Wiesbadener Richter sahen in den Auftritten der eigenständigen Unternehmen in der Geschäftsform einer GmbH, die unabhängig voneinander unterschiedliche Waren anboten, eigene Auftritte, sodass ein zentrales Impressum für die Portalseite für mittlerweile über 200 Märkte in Deutschland nicht ausreiche. Vielmehr müsse

gewährleistet sein, dass jeder Markt, der konkrete Waren mit Preisangaben im Internet präsentiert, für den Verbraucher auch unmittelbar erreichbar ist; auf eine Online-Bestellmöglichkeit komme es dabei nicht an.

Praxistipp:

Die Entscheidung ergänzt konsequent teledienstrechtliche Informationspflichten, wie sie zum Beispiel für einzelne Ebay-Anbieter anerkannt sind, nun auch für Konzernportale, innerhalb derer eigenständige, aber konzernangehörige Unternehmen Waren präsentieren

27. Kein großer Wurf

Internet World Business, 14/06, Seite 12

Eine Analyse des Entwurfs zum Telemediengesetz löst wenig Begeisterung aus

Nicht nur im Bundestag, auch in den Verbänden und Lobbygruppen wird das so genannte "Elektronischer-Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungsgesetz" (ElGVG) derzeit heftig diskutiert. Mit diesem Gesetz sollen die bisherigen Regelungen des Bundes – das Teledienstegesetz (TDG) und der Mediendienstestaatsvertrag der Länder (MDStV) – zumindest teilweise in den einheitlichen Rechtsrahmen des Telemediengesetzes (TMG) überführt werden (Siehe auch IWB 13/06, Seite 3). Im geplanten TMG sollen auch andere Tatbestände für Telediensteanbieter zentral geregelt werden, zum Beispiel der Datenschutz. Das Teledienstedatenschutzgesetz (TDDSG) soll dann außer Kraft treten. Für Telemedien mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten sollen medienrechtliche Tatbestände wie Trennungsgebot oder Gegendarstellung im Rundfunk- und Telemedienstaatsvertrag-Entwurf (TMG-E) des 9. Rundfunkänderungsstaatsvertrags geregelt werden.

Der Entwurf des TMG gibt zum einen Anlass, die geplanten Neuerungen zu beleuchten, zum anderen aber auch etwaige Defizite aufzuzeigen.

Die Frage muss erlaubt sein, ob nicht die neueren technischen Entwicklungen und die nicht zuletzt durch die aktuelle Rechtssprechung erlangten Erkenntnisse und Fragestellungen zusammengefasst, vereinheitlicht und vereinfacht hätte werden können – sozusagen in einem großen Wurf eines Medien- und Informationsgesetzes. Neue technische Entwicklungen seit Inkrafttreten von TDG und Medien-Staatsverträgen legen dies ebenso nahe wie die fortschreitende Konvergenz der Medien – Stichwort Triple-Play.

In materiell-rechtlicher Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass die Vorschriften des TDG und des MDStV in ihren wesentlichen Inhalten gleich sind. Nur an wenigen Stellen, wie zum Beispiel dem Gegendarstellungsrecht, ist die Differenzierung zwischen Mediendienst und Teledienst wirklich wichtig. Tele- und Mediendienste werden daher in der Entwurfsfassung künftig unter dem Begriff "Telemedien" unter Beibehaltung der meisten Regelungen, wie zum Beispiel der Informationspflichten (§ 5 TMG-E), zusammengefasst.

Leider wird die Chance verpasst, eine deutlichere Sanktion für die unaufgeforderte Zusendung von werblichen E-Mails zu treffen. Zwar wird es gemäß § 16 Abs. 1 TMG-

E als Ordnungswidrigkeit eingestuft, wenn der Absender oder der kommerzielle Charakter einer Nachricht verschleiert oder verheimlicht wird. Die unaufgeforderte Zusendung von "Spam" an sich ist dagegen keine Ordnungswidrigkeit.

Auch hätte es in Zusammenhang mit diesem Gesetz die Möglichkeit gegeben, die gegenwärtig in der Rechtsprechung intensiv diskutierte Haftung für fremdes Verhalten oder Inhalte – sei es für Webhoster, Links, Forenbetreiber oder Versteigerungshäuser – an konkreten Tatbestandsmerkmalen festzumachen. So bleibt es vor allem Richtern vorbehalten, sich insbesondere über die Figur des Mitstörers eine Meinung zu bilden.

Teilweise in die Kritik geraten sind auch die Regelungen zum Datenschutz. Insbesondere kritisiert wird die so genannte "Ebay-Klausel" des § 15 Abs. 8 S. 1 TMG-E, wonach ein Dienstanbieter aufgrund des Vorliegens tatsächlicher Anhaltspunkte personenbezogene Daten aus Gründen der Rechtsverfolgung auch über die Speicherfrist hinaus verwenden darf. Solche Regelungen können missbraucht werden, sie können aber auch der Durchsetzung berechtigter Interessen dienen.

Der gegenwärtige Vorschlag ist nicht der große Wurf, mit dem ein Gesetz für alle elektronischen Medien geschaffen wird. Es werden neue Abgrenzungsfragen entstehen – aufgrund von Überschneidungen mit dem Telekommunikationsgesetz wie auch mit dem Rundfunkstaatsvertrag. Die Lösung dieser grundsätzlichen Thematik von Bundes- und Landeskompetenz kann aber nur durch die Föderalismuskommission erfolgen.

28. Eine IP-Adresse als Beweis

Internet World Business, 12/06, Seite 10

Gericht stützt Urteil gegen Spammer auf technisches Gutachten

Leugnen hilft nicht, wenn illegale Aktionen im Netz Spuren hinterlassen haben

Dreistigkeit ist ein Wesenszug, der auf viele Spam-Versender zuzutreffen scheint. Wurde früher argumentiert, es sei doch nicht verboten, Mails zu versenden, bestreiten ertappte Spammer mittlerweile einfach ihre Urheberschaft, doch nicht immer mit Erfolg.

Das Urteil

Das Landgericht Hannover verurteilte einen Spammer wegen der Versendung unaufgeforderter Werbe-Mails nach § 7 und 8 UWG und damit aufgrund einer entsprechenden Wettbewerbsverletzung (Az.: 21 O 153/04). Neu an der Entscheidung, die im Wesentlichen auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens erging, ist, dass der Spammer infolge seiner IP-Adresse überführt wurde. Der Beklagte leugnete nämlich, die unaufgeforderten Werbe-E-Mails selbst versendet zu haben. Im vorliegenden Fall wurde aber auf eine der Werbe-E-Mails eine Anfrage zu Details der beworbenen Aktion gestellt, die eine knappe Stunde später bereits beantwortet wurde. Da sowohl die Werbe-E-Mail als auch die Antwort-E-Mail nachweislich von derselben IP-Adresse versendet wurden,

sah das Landgericht Hannover die Versendung durch den Beklagten als erwiesen an.

Praxistipp:

Wie in diversen Beiträgen dargestellt, ist unaufgeforderte E-Mail-Werbung unzulässig und als unzumutbare Belästigung wettbewerbswidrig. Hierbei bestehen nicht nur Ansprüche des Adressaten, sondern die regelmäßig kostenintensiveren Ansprüche von Mitbewerbern. Das Urteil zeigt, dass zumindest in Fällen, in denen der Versender über eine IP-Adresse festgestellt werden kann, ein Verweis auf den "großen unbekannten Spammer" nicht mehr weiterhilft. Ein etwaiges Eindringen eines Dritten, der über einen unberechtigten Zugriff auf den Mailserver Spam versendet, müsste stattdessen detailliert bewiesen und dargelegt werden. Eine reine Vermutung reicht nicht aus.

Bislang ungeklärt ist indes, inwieweit der Netzwerkinhaber dann bei mangelnden Sicherheitsvorkehrungen von einer Haftung entbunden werden kann oder als Mitstörer haftet. Dies dürfte im konkreten Einzelfall wohl von dem Grad der Sicherungsmaßnahmen abhängen, insbesondere davon, ob mangelnde IT-Security zum Versenden über offene SMTP-Relays geradezu eingeladen hat oder sich der Eindringling eine nicht ohne weiteres ersichtliche Lücke zunutze gemacht hat. Inzwischen ein "Klassiker" ist die Versendung von "Drive-by-Spam", bei dem ein Spammer sich ein ungesichertes WLAN und im dortigen LAN ein offenes SMTP-Relay sucht, um Spam-Mails zu versenden. Immer wird die IP-Adresse des WLAN-Inhabers auftauchen, sodass bei Unterlassen der Mindestanforderungen an die IT-Security auch dessen fahrlässige (Mit-)Haftung denkbar ist.

Zu beachten ist schließlich auch, dass bei einer Verteidigung vorsätzlich falsche Behauptungen in Prozessen oder sogar bereits Angaben aufs Geratewohl den Tatbestand des – versuchten – Prozessbetrugs erfüllen können. Wenn eidesstattliche Versicherungen im Rahmen von einstweiligen Verfügungsverfahren falsch abgegeben werden, führt dies zu einer entsprechenden Strafbarkeit.

Jeder Spam-Versender sollte also das Risiko etwaigen Chancen einer solchen E-Mail-Aktion gegenüberstellen und in jedem Falle sein Tun zu Ende denken. In manchen Fällen verstrickt sich nämlich ein Beklagter immer tiefer in Probleme.

29. Fragen ist erlaubt

Internet World Business, 08/06, Seite 10

Die Nachfrage einer Leistung per E-Mail ist keine unaufgeforderte Werbung

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte über eine ungewöhnliche Frage zu entscheiden. Es ging darum, ob die per E-Mail übermittelte Anfrage eines Internet-Anbieters, auf der Homepage des Adressaten ein Werbe-Banner gegen Entgelt schalten zu dürfen, eine unaufgeforderte Zusendung von Werbung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG darstellt. Die Richter erkannten zutreffend, dass eine solche "Nachfragerwerbung" nicht einer Werbung gleichzustellen ist, die der Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen dient (Az.: I-20 U 64/05).

Übers Ziel hinausgeschossen

Das Gericht musste herausfinden, ob die Nachfrage, ein Banner gegen Entgelt schalten zu dürfen, "nicht angeforderter kommerzieller Kommunikation" entspricht, also Werbung ist. Als solche gilt nach dem Erwägungsgrund Nr. 30 und Artikel 7 der EU-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr neben der reinen Imagewerbung nur Kommunikation, welche dem eigenen Absatz dient.

Die Richter kamen zu dem Schluss, dass die Anfrage im konkreten Fall nicht als unzulässige Werbung zu werten sei. Der nationale Gesetzgeber sei bei der Umsetzung der EU-Richtlinie in deutsches Recht schließlich nicht über die in der Vorlage enthaltenen Definition hinausgegangen.

Spam-Fluten im Postfach nerven jeden, deshalb ist ein gewisser "Reflex" durchaus nachvollziehbar, sich gegen unaufgefordert übermittelte E-Mails per se zur Wehr zu setzen. Im vorliegenden Fall scheint der Kläger allerdings über das Ziel hinausgeschossen zu sein, indem er bereits eine geschäftliche und in der Regel erwünschte Anfrage für unzulässig erachtet hat.

Abzugrenzen ist nach der vorliegenden Entscheidung schlichtweg danach, ob eine übermittelte E-Mail als Werbung dem eigenen Absatz dient oder es sich um eine Nachfrage für den Absatz von Waren oder Dienstleistungen des Adressaten handelt. Darauf hinzuweisen ist indes, dass Versender, die auf der "Höhe der Rechtsprechung" sind, solche "geschäftlichen Anfragen" dazu nutzen könnten, ihre eigenen Produkte zu bewerben. Zwar kommt es hier stets auf die Würdigung des Einzelfalls an. Abstrakt dürfte sich aber verallgemeinern lassen, dass es sich jedenfalls dann um unzulässige Werbung handelt, wenn der Versender nicht ernstlich ein Angebot des Adressaten nachfragen möchte, mithin seine Werbung unter dem Deckmantel einer Anfrage versendet.

Der Versender sollte daher auf der Hut sein, wenn er sich solcher unlauterer Werbemaßnahmen bedienen möchte, da Gerichte regelmäßig sehr wohl erkennen, ob eine Darlegung wahr ist oder lediglich eine Schutzbehauptung darstellt.

Daher kann auch der "Hinweis", wonach man sich gerade für einen Newsletter angemeldet habe und dieser mit Klick auf den übermittelten Link noch freizuschalten sei, bereits schon unaufgeforderte Werbung darstellen (Landgericht Berlin CR 2003, 219). Die Grenzen sind also eng gesteckt.

Kundenakzeptanz erhöhen

Zur Vermeidung eigener Risiken und zur Optimierung von Werbestrategien sollte sich ein Anbieter zum einen mit den Vorschriften des § 7 UWG auseinander setzen, um zulässig zu werben und gleichzeitig die Nutzerakzeptanz zu erhöhen. Zum anderen können speziell intelligente Kundenbindungssysteme dazu beitragen, den eigenen Warenabsatz bei Bestandskunden dadurch zu fördern, dass Produkte in vergleichbarem Interessengebiet in maßvollen Zyklen per E-Mail angepriesen werden, wobei hier insbesondere darauf hinzuweisen ist, dass sich der Empfänger jederzeit wieder austragen kann.

30. DSL-Verträge nicht einseitig per E-Mail änderbar

Internet World Business 06-2006, Seite 10

Das LG Frankfurt entschied, dass ein DSL-Anbieter nicht einfach gegenüber Bestandskunden die Umstellung eines unbefristeten Vertrags in eine zwölfmonatige Bindung mit dem Schweigen auf eine E-Mail begründen kann (Az.: 2/03 352/05). Im konkreten Fall hatte der Anbieter versucht, nach sechsmonatiger Nichtbeantwortung der E-Mail eine Vertragsänderung beim Kunden zu erreichen. Das Gericht bewertete diese Maßnahme gleichzeitig als wettbewerbswidrig und gab der dagegen gerichtlich vorgehenden Wettbewerbszentrale Recht.

Dass das Schweigen von Verbrauchern gegenüber rechtserheblichen Erklärungen im Regelfall nicht zu einer Annahme führt, ergibt sich aus allgemeinem Vertragsrecht. Im kaufmännischen Bereich ist darauf hinzuweisen, dass das Schweigen eines Kaufmanns auf einen Handelsbrief oder ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben in der Tat gemäß § 362 HGB eine Annahmeerklärung darstellen kann. Da Handelsbriefe auch per E-Mail denkbar sind, kann demzufolge ein Schweigen auf eine E-Mail – vorausgesetzt diese ist zugegangen – eine Zustimmung zu einer Vertragsänderung darstellen.

Praxistipp:

Bei Verträgen mit Nichtkaufleuten sollten Sie Änderungen am besten per Briefpost ankündigen und eine Zustimmung einholen.

31. BGH bei Zugaben großzügig

Internet World Business, 03/06, Seite 11

Der BGH entschied, dass die Abgabe einer Zeitschrift, die sich an einen jugendlichen Leserkreis richtet, zusammen mit einer Sonnenbrille nicht wettbewerbsrechtlich unlauter ist (Az.: I ZR 28/03). Ein Konkurrent hatte unter dem Gesichtspunkt des übertriebenen Anlockens auch nach der Abschaffung der Zugabeverordnung auf Unterlassung und Schadenersatz geklagt.

Die Richter stellten fest, dass es nach Aufhebung der Zugabeverordnung einem Unternehmen gerade nicht mehr verwehrt sei, die Abgabe von zwei, keine Funktionseinheit bildenden Produkten in einer Weise miteinander zu verbinden, dass bei Erwerb des einen Produkts das andere ohne Berechnung abgegeben werde.

Dennoch sei nicht alles erlaubt: "Ein missbräuchliches und damit wettbewerbsrechtlich unzulässiges Kopplungsangebot ist grundsätzlich anzunehmen, wenn über den tatsächlichen Wert des Angebots getäuscht wird oder unzureichende Informationen gegeben werden" oder "die Anlockwirkung so groß ist, dass bei einem verständigen Verbraucher ausnahmsweise die Rationalität der Nachfrageentscheidung vollständig in den Hintergrund tritt".

Praxistipp:

Das Urteil ist kein Freibrief für alle Kopplungsangebote. Überprüfen Sie im Einzelfall jede Werbemaßnahme auf ihr Risiko.

32. Trennungsgebot gilt auch im Internet

Internet World Business 16-2005, Seite 7

Das Landgericht Berlin verurteilte einen Anbieter einer redaktionellen Internetpublikation es zu unterlassen, einen Hyperlink aus einem redaktionellen Zusammenhang auf eine Werbeseite zu schalten. Fehle es an einer Erkennbarkeit der Werblichkeit dieses Links folge aus diesem Verstoß gegen das Trennungsgebot gleichzeitig eine Wettbewerbsverletzung, so das Gericht (Az. 16 O 132/05).

Das Urteil setzt auch für das Internet den seit langem anerkannten Grundsatz der Trennung zwischen redaktionellem Teil und Werbung um. Hiernach muss für einen Nutzer bei einem Link aus einem redaktionellen Text zu einer Anzeigenseite dort bereits erkennbar sein, dass sich dahinter Werbung und nicht ein weiterer redaktioneller Beitrag befindet.

Für die Praxis bedeutet die Entscheidung, wonach kommerzielle Kommunikation, also Werbung, klar als solche zu erkennen ist, dass eine unmittelbare „Weiterschaltung“ beispielsweise aus einer Musikrezension zur Bestellseite dieser CD unzulässig ist.

33. „Jein“ zur Telefonnummer im Impressum

Internet World Business, 06/05, Seite 20

Bislang zählten Telefonnummern zu den selbstverständlichen Pflichtangaben im Impressum – zu Unrecht, urteilte nun das OLG Hamm. Im zu entscheidenden Fall ging es um einen Versicherer im Bereich der Kraftfahrzeugversicherung, dessen Akquisition bewusst und ausschließlich über das Internet erfolgt. In seinem Impressum finden sich unter anderem die Postanschrift und die E-Mail-Adresse, indes keine Telefonnummer. Erst nach dem Abschluss eines Versicherungsvertrages teilt der Versicherer eine Telefonnummer mit. Ein Interessent kann Anfragen an den Anbieter richten; diese wurden zeitnah beantwortet.

Das Oberlandesgericht Hamm (Az.: 20 U 222/03) verneinte die Verpflichtung zur Angabe einer Telefonnummer mit der Argumentation, dass zum einen eine telefonische Erreichbarkeit sich aus der EU-Richtlinie, die dem TDG zugrunde lag, nicht ergäbe. Auch ließe sich aus der Verpflichtung nach § 6 Satz 1 Nr. 2 TDG zur „schnellen elektronischen Kontaktaufnahme und unmittelbaren Kommunikation“ eine solche Verpflichtung nicht ableiten. Unter dem Begriff „elektronische Kontaktaufnahme“ sei jedenfalls nach allgemeinem Sprachgebrauch nicht das Telefonieren zu verstehen. Ebenso versteht es im Ergebnis den Begriff der „unmittelbaren Kommunikation“ nicht persönlich, sondern zeitlich, sodass dem

Verbraucherschutz Genüge getan sei, wenn nicht durch Dritte und ohne Verzögerung eine Beantwortung erfolge.

Fazit

Das Urteil steht diametral der Entscheidung des OLG Köln entgegen, wonach „zur unmittelbaren Kommunikationsmöglichkeit eine Telefon- und nicht etwa nur eine Telefaxnummer angegeben werden muss“ (6 U 109/03).

Bis zur höchstrichterlichen Entscheidung durch den Bundesgerichtshof sollte trotzdem zur Vermeidung von Streitigkeiten eine Telefonnummer angegeben werden. Wer etwa als kleines Internet-Unternehmen nicht die Möglichkeit hat, ständig auf telefonische Anfragen „unmittelbar“ zu reagieren, dürfte einen Anrufbeantworter benutzen. Hieraus folgen neue streitige Rechtsfragen, die im Kern auf eine telefonische Verfügbarkeit des Anbieters hinauslaufen. Es muss angezweifelt werden, dass die Gesetzgeber der entsprechenden EU-Richtlinie eine solche im Auge hatten. Zumindest hilft das Urteil des Oberlandesgerichts Hamm Abgemahnten, sich mit der dort aufgeführten Verteidigungsargumentation zur Wehr zu setzen, um gegebenenfalls eine Aussetzung der Streitigkeiten bis zur BGH-Entscheidung oder gar Erledigung herbeizuführen.

34. Versandkosten klar erkennbar

Internet WORLD 06/05, Seite 20

Wer zusätzliche Kosten nicht klar kenntlich macht, riskiert juristischen Ärger. Das Hanseatische Oberlandesgericht verurteilte einen Internet- Provider, der damit zusammenhängende Waren auf dem Wege des Versandhandels vertreibt, wegen nicht ausreichender Kennzeichnung von Versandkosten. Dieser hatte neben dem Preis für eine ISDN-Karte nur ein Sternchen sowie neben der Produktinformation nur einen Link mit „mehr Info“ aufgeführt. Auf der Folgeseite erschien erst nach drei Seiten am unteren Ende der Hinweis auf die entstehenden Versandkosten (Hanseat. OLG, Az.: 5 U 128/04). Entscheidung. Nach dem Gebot der Transparenz in der Preiswerbung müssen Versandkosten dem Angebot oder der Preiswerbung eindeutig zugeordnet sein sowie leicht erkennbar, deutlich lesbar oder sonst gut wahrnehmbar. Ob ein Link mit „mehr Info“ ausreicht, ließ das Gericht offen, da es auf der Folgeseite an den vorgenannten Voraussetzungen fehlte. Das am Preis selbst angebrachte Sternchen führte im konkreten Fall zudem nur die Kosten des Internet-Zugangs auf, nicht aber die Versandkosten. Auch genüge es nicht, die Versandkosten erst während des Bestellvorgangs mitzuteilen, da die Preisangabenverordnung eine Bekanntgabe bereits im Stadium der Werbung fordert, wenn diese unter Angabe von Preisen erfolgt.

Praxistipp:

Entscheidend ist die Gestaltung im jeweiligen Einzelfall. Mitbewerber und in der Folge Gerichte erkennen regelmäßig, wenn durch unklare Darstellung zusätzliche Kosten verschleiert werden sollen. Zu empfehlen ist daher, weitere Kosten, wie

insbesondere Versandkosten, klar und deutlich erkennbar anzubringen. Ausreichend dafür kann nach einer weiteren Entscheidung des OLG Köln ein direkt neben der Preisangabe mit „i“ bezeichneter Link sein. Neben der erforderlichen Vollständigkeit der weiteren Preisinformation ist dann aber erforderlich, dass die dort aufgeführten Angaben deutlich lesbar sind. So ist ein engzeiliger, nicht gegliederter Text von 27 Zeilen in kleiner Schrift in seiner Aufmachung nur geeignet, den Internet- Nutzer von der Lektüre abzuhalten (OLG Köln, Az.: 6 U 4/04).

IV. Abmahnungen

1. Mehrfachabmahnungen

Internet World Business 24-2008, Seite 10

Anwaltskosten sind auch bei Hunderten von identischen Abmahnungen berechtigt

Teure Sache: Auch bei zahlreichen identischen Abmahnungen darf der Abmahner von jedem Empfänger die vollen Gebühren verlangen

Darf ein Unternehmen, das Dutzende von anderen Firmen wegen eines identischen Verstoßes abmahnt, von jedem der Abgemahnten die vollen Anwaltskosten verlangen? Schließlich, so möchte man meinen, fällt der anwaltliche Aufwand im Grunde ja nur einmal an, zumal dann, wenn das abmahnende Unternehmen eine eigene Rechtsabteilung hat. Diese Frage beantwortet ein Urteil des Bundesgerichtshofs (Az.: I ZR 219/05). Der BGH verurteilte den Anbieter einer Software, mit der man gesetzeswidrig Kopierschutzmechanismen umgehen kann, zur Zahlung von Abmahnkosten. Im entschiedenen Fall ging es um die Kosten einer rechtsanwaltlichen Abmahnung, die durch ein Unternehmen veranlasst wurde, das in Hunderten von Fällen wortgleiche Abmahnungen versandte.

Der I. Zivilsenat bestätigte auch in diesem Fall die Rechtmäßigkeit eines Anspruchs auf Ersatz der Anwaltskosten bei einem Unternehmen mit eigener Rechtsabteilung. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH dürfen Unternehmen mit eigener Rechtsabteilung einen Rechtsanwalt mit der Abmahnung von Wettbewerbsverstößen beauftragen und demgemäß auch die entstandenen Anwaltskosten verlangen (Az.: I ZR 83/06, INTERNET WORLD Business Ausgabe 11/2008, Seite 10). Die diesbezüglichen Grundsätze wandten die Richter nun auch auf Urheberrechtsverstöße an, da es nicht Aufgabe eines Unternehmens sei, Mitbewerber zu überprüfen.

Dem Einwand des Abgemahnten, wonach es sich über Hunderte wortgleicher Abmahnungen handelte, begegnete der BGH, indem er gerade wegen dieser großen Zahl der zu verfolgenden Rechtsverletzungen die Einschaltung eines Rechtsanwalts für erforderlich hielt, da "die Verfolgung von Urheberrechtsverstößen nicht zu den originären Aufgaben der Beklagten gehört".

Urteilsanalyse und Praxistipp

Infolge des Abmahn(un-)wesens besteht nicht selten Unsicherheit darüber, wann und unter welchen Umständen Abmahnkosten verlangt werden können.

Voraussetzung für die Erstattungsfähigkeit von Abmahnkosten bei einem Unternehmen ist auch im Falle einer eigenen Rechtsabteilung, dass ein Rechtsverstoß vorliegt. "Der Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten beruht auf der Erwägung, dass die berechtigte Abmahnung dem Schuldner zum Vorteil gereicht", sagen die BGH-Richter, "weil der Gläubiger, der zunächst abmahnt, statt sofort Klage zu erheben, dem Schuldner damit die Möglichkeit gibt eine gerichtliche Auseinandersetzung auf kostengünstige Weise durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung abzuwenden."

Ausgenommen von einer Erstattungsfähigkeit sind jedoch die Gebühren eines Rechtsanwalts aus einem sich selbst erteilten Mandat zur Abmahnung aufgrund eigener wettbewerbsrechtlicher Ansprüche (BGH GRUR 2004, 789 Az.: I ZR 2/03).

Entscheidend für einen Anspruch dem Grunde nach ist somit zunächst das Vorliegen einer Rechtsverletzung. In welcher Höhe dann Ansprüche begründet sind, richtet sich nach der Angemessenheit des Streitwerts, der bei Markensachen auch bei unbenutzten Marken schnell 50.000 bis 60.000 Euro betragen kann.

Seit dem Inkrafttreten des "Gesetzes zum Schutz geistigen Eigentums" am 1. September 2008 sind die Abmahnkosten für "einfach gelagerte" Fälle mit einer "unerheblichen Rechtsverletzung" außerhalb des "geschäftlichen Verkehrs" auf 100 Euro gedeckelt worden. Verlässt die Tätigkeit, insbesondere durch gewerbliche Angebote, dagegen den Schutzkreis dieser neuen Vorschrift, richtet sich die Erstattungsfähigkeit nach den allgemeinen Vorschriften. Bei eindeutigen, indes nicht so gravierenden Rechtsverletzungen lohnt es sich häufig, eine kooperative und schnelle Lösung anzubieten, um über den Weg der Anwaltskostenerstattung einen Verzicht auf Schadensersatzansprüche zu erreichen. Zeigt sich indes ein Rechtsverletzer hartnäckig, muss er mit der ganzen Palette von einstweiliger Verfügung und Klage auf Schadensersatz rechnen.

2. Vorsicht bei vielen Klägern

Internet World Business 15-2008, Seite 12

Drittunterwerfungserklärungen bedürfen eines geeigneten Adressaten

Aufgrund komplizierter Informationspflichten und einer sich ändernden Rechtsprechung kommt es immer wieder zu Rechtsverstößen durch fehlerhafte Widerrufsbelehrungen oder unwirksame Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Bei berechtigter Abmahnung durch einen Mitbewerber hat der abgemahnte Webhändler eine Unterlassungserklärung abzugeben sowie die Kosten der Abmahnung zu tragen.

Mahnen gleich mehrere Mitbewerber wegen des identischen Verstoßes ab, hilft das Mittel der sogenannten Drittunterwerfungserklärung, mit der durch Abgabe nur einer Unterwerfungserklärung gegenüber einem einzelnen Abmahner auch gegenüber den anderen Mitbewerbern die Wiederholungsgefahr ausgeräumt werden kann. Hierzu bedarf es allerdings einer Unterwerfungserklärung gegenüber einer Stelle, die geeignet erscheint, den Verletzer wirklich und ernsthaft von der Wiederholung

abzuhalten. Das bedeutet, dass die gegenüber einem (sogar befreundeten) Mitbewerber abgegebene Unterwerfungserklärung regelmäßig angreifbar ist, wenn ein Zusammenwirken zulasten des Abmahnenden in Betracht kommt.

Vor diesem Hintergrund geben zwei Entscheidungen der Landgerichte Frankfurt und Bielefeld Anlass, sich mit der Definition einer "geeigneten" Stelle für eine tragfähige Drittunterwerfungserklärung genauer auseinanderzusetzen.

Das Landgericht Frankfurt verurteilte nämlich einen Internetanbieter, obwohl dieser sich nach Abmahnung durch einen Mitbewerber (unaufgefordert) gegenüber der Wettbewerbszentrale zur Unterlassung verpflichtet hatte.

Die Richter stellten hierzu fest, dass die Drittwirkung zwar auch dann die Wiederholungsgefahr gegenüber dem Abmahnenden beseitigen kann, wenn die Unterwerfungserklärung gegenüber einem Verband abgegeben wird. Problematisch war im entschiedenen Fall jedoch, dass die Wettbewerbszentrale zwar den Eingang der Unterwerfungserklärung bestätigt hatte, die Unterlassungserklärung – als Unterlassungsvertrag – allerdings nicht durch Willenserklärung angenommen hatte. Mangels Annahme sei deshalb von "einer erheblichen Intensitätsschwächung auszugehen, weil es an den rechtlichen Möglichkeiten einer Ahndung von Verstößen gegen die Unterwerfungserklärung durch die Wettbewerbszentrale fehlt, jedenfalls soweit es um die Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe geht" (Az.: 3/8 O 190/07).

In einem vergleichbaren Verfahren vor dem LG Bielefeld gab ein Anbieter ebenfalls eine Unterwerfungserklärung gegenüber der Wettbewerbszentrale ab. Hier stellten die Bielefelder Richter indes fest, dass "Verstöße von Vielen nicht als allzu gravierend eingestuft" und eine Verfolgung durch diese Institution "im Hinblick auf den oft geringen Umfang der wirtschaftlichen Betätigung der Ebay-Anbieter" nicht als vordringlich angesehen würde. Da insoweit die Überprüfung und Beanstandung von Ebay-Angeboten daher regelmäßig in den Händen der Wettbewerber, nicht aber der Wettbewerbszentrale läge, sei die Wiederholungsgefahr nicht ausgeräumt, sodass auch hier eine einstweilige Verfügung erlassen wurde (Az.: 17 O 66/08).

Praxistipp:

Eine Drittunterwerfungserklärung gegenüber einem seriösen Erklärungsempfänger, der diese Erklärung annimmt, ist grundsätzlich ein probates Mittel, die Wiederholungsgefahr auszuräumen. Im Einzelfall ist jedoch stets zu prüfen, ob bei Würdigung der Gesamtumstände eine solche Drittunterwerfungserklärung ausreichend ist, um die Wiederholungsgefahr auszuräumen

3. Double Opt-in

Internet World Business 15-2008, Seite 12

Das Amtsgericht Berlin Mitte verurteilte einen Anbieter wegen der Übermittlung von Werbe-E-Mails zur Unterlassung (Az.: 21 C 43/08). Ein unbekannter Dritter hatte die E-Mail-Adresse einer Rechtsanwältin auf den Internetseiten des Anbieters eingetragen, die nun eine werbende E-Mail mit Informationen über die angebotenen

Dienstleistungen erhielt. Das Gericht verurteilte den Anbieter als Mitstörer, stellte jedoch fest, dass im Falle eines sogenannten Double-Opt-in-Verfahrens die Rechtslage anders zu beurteilen gewesen wäre.

Bei einem Double-Opt-in-Verfahren erhält der Interessent nach seiner Anmeldung eine Begrüßungsnachricht mit der Aufforderung, einen Link anzuklicken. Reagiert der Empfänger nicht, wirkt dies als Ablehnung. Das Gericht stellte fest, dass ein gewisses Restrisiko im Zusammenhang mit dem E-Mail-Verkehr hinzunehmen sei, jedenfalls dann, wenn E-Mails "inhaltlich so neutral gestaltet" sind, dass "ein werbender Charakter entfällt".

Praxistipp:

Bei der Anmeldung für Newsletter, speziell Unternehmensnewsletter, sollte immer erst eine neutrale Bestätigungsmail ohne Werbung zur Aktivierung der E-Mail-Adresse verwendet werden, um Abmahnungen auf jeden Fall zu vermeiden.

4. Zu Recht abgemahnt?

Internet World Business 12-2008 , Seite 10

Im Rahmen der bisherigen Beiträge wurde bereits erläutert, mit welchen taktischen Varianten man im Falle einer (teilweise oder nicht) berechtigten Abmahnung vorgehen kann. Neu ist nunmehr eine Entscheidung des Landgerichts Bückeburg, das in einer klaren Sprache einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wegen Rechtsmissbräuchlichkeit zurückgewiesen hat und im Rahmen der Urteilsbegründung eine Vielzahl von Anhaltspunkten gegeben hat, die eine Rechtsmissbräuchlichkeit indizieren können (Az.: 2 O 62/08).

Urteilsanalyse

Ein stationärer Einzelhändler in Bautzen ging gegen einen gewerblichen eBay-Anbieter im Wege der Abmahnung und einstweiligen Verfügung vor. Der Abmahner trug vor, dass er angeblich durch einen Kunden auf das rechtswidrige eBay-Angebot hingewiesen worden sei. Am selben Tag will der Abmahner dann die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Internetanbieters überprüft und seinen Rechtsanwalt eingeschaltet haben, der noch am gleichen Tag die Abmahnung ausfertigte und an den eBay-Anbieter übermittelte.

Allein aus diesem Verhalten leiteten die Bückeburger Richter ein Indiz für die Rechtsmissbräuchlichkeit her, da es völlig unverständlich war, dass der Abmahner unter großer Eile einen solchen Aufwand betrieben hat, wenn es ihm nicht ausschließlich oder überwiegend darum ging, Abmahnungs- oder Rechtsverfolgungskosten zu verursachen. Als Motiv sei vielmehr denkbar, dass der Abmahner Angst hatte, andere Personen würden seiner Abmahnung zuvorkommen.

Als weiteres Indiz für die Rechtsmissbräuchlichkeit der Abmahnung stellte das Gericht auf die Rechtsanwaltskosten ab, die „nach einem abenteuerlich überhöhten Gegenstandswert von EUR 100.000,-- berechnet wurden“. Im Kontext des

Vorgesagten leitete das Gericht den derart überhöhten Wert aus dem einzig und alleinigen Interesse der möglichst hohen Gebühren ab und bewertete dies zudem als wohl strafbare Gebührenüberhebung.

Auch enthielt die Abmahnung ganz überwiegend allgemein gehaltene, tatsächlich und rechtlich nur bedingt konkrete Ausführungen und es wurden vor allem nicht selten festzustellende Verstöße gerügt.

Auffällig sei auch, „dass sich die Abmahnung gegen ein vergleichsweise kleines, wirtschaftlich eher unbedeutendes Unternehmen richtet“, wobei davon auszugehen ist, dass ein solcher Gegner sich gegen eine Abmahnung weniger zur Wehr setzen wird, als ein wirtschaftlich potenter Gegner. Auch sprächen die auf Grund der Aktennummer nachvollziehbaren über 900 Fälle einer Einzelkanzlei bis Mitte Februar dafür, dass bei einem Durchschnitt von über 500 Fällen pro Monat nur eine massenweise wettbewerbsrechtliche Abmahnungspraxis dahinter stecken könne. „Zwar ist eine umfangreiche Abmahntätigkeit allein noch kein Indiz für einen Missbrauch. Ein solcher ist aber dann anzunehmen, wenn die Abmahntätigkeit in keinem vernünftigen Verhältnis zur eigentlichen Geschäftstätigkeit steht“, so die Richter.

Praxistipp:

Es zeigt sich, dass durch eine dezidierte Sachverhaltsaufbereitung selbst im Falle materiell-rechtlicher Rechtsverletzungen eine wettbewerbsrechtliche Abmahnung nicht ohne weiteres begründet sein muss. Herauszustreichen ist gleichwohl, dass es sich stets um die Bewertung eines Einzelfalls handelt und § 8 Abs. 4 UWG als Missbrauchstatbestand die Ausnahme darstellt, für den der angegangene Anbieter beweispflichtig ist. Im Falle einer Abmahnung, bei der zumindest ein „Anfangsverdacht“ für eine Rechtsmissbräuchlichkeit besteht, sollte schnell gehandelt und zunächst deren Hintergründe recherchiert werden. Liegen belastbare Anhaltspunkte vor, sollte dem Abmahner die Rechtsmissbräuchlichkeit seiner Abmahnung vorgehalten werden und gegebenenfalls bei fehlender Wettbewerbswidrigkeit negative Feststellungsklage angedroht werden.

Tipps:

Als Indizien für die Rechtsmissbräuchlichkeit einer Abmahnung dienen daher folgende Positionen:

- Höhe des Streitwerts; bei wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen im eBay- oder einfachen Internetbereich sind Streitwerte zwischen EUR 6.000,-- und 20.000,-- angemessen; darüber hinaus gehende Streitwerte sind - anders in Markensachen - häufig überhöht.

- Anzahl der Abmahnungen; hier hilft eine Recherche im Internet bei den einschlägigen Seiten oder in News-Foren.

- Kleines Unternehmen als Abmahner mit grundsätzlich wenig Interesse an Wettbewerbsverfolgung im Verhältnis zu seiner Geschäftstätigkeit.

- „Zielgruppe“ der Abmahnung kleine und kleinere Internethändler.
- Zeitliches Zusammenliegen einer Vielzahl von Abmahnungen.
- Allgemeine tatsächliche und rechtliche Ausführungen im Rahmen der Abmahnung mit nur geringem Eingehen auf den konkreten Einzelfall.

5. Kosten externer Rechtsanwälte erstattungsfähig

Internet World Business 11-2008, Seite 10

Der Bundesgerichtshof entschied Anfang Mai, dass Unternehmen die Abmahnkosten für den Einsatz externer Anwälte beanspruchen können, auch wenn eine eigene Rechtsabteilung vorhanden ist (Az.: I ZR 83/06). Ein Unternehmen mit eigener Rechtsabteilung sei nicht gehalten, die eigenen Juristen zur Überprüfung von Wettbewerbshandlungen der Mitbewerber einzusetzen. Ferner gehöre die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen nicht zu den originären Aufgaben eines gewerblichen Unternehmens. Auch wenn der Wettbewerbsverstoß klar auf der Hand gelegen habe, habe die Klägerin die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts für erforderlich halten dürfen, so das Gericht.

Praxistipp:

Für die Praxis bringt diese Entscheidung keine wesentlichen Änderungen mit sich, da die Richter mit diesem Urteil die bisherigen Entscheidungen des Landgerichts und des Oberlandesgerichts Frankfurt bestätigten (vgl. INTERNET WORLD Business 14/06, S. 12).

Unabhängig von der Erstattungsfähigkeit dem Grunde nach folgt aus dieser Entscheidung weder ein Freibrief für die bekannten "Profiabmahner" hinsichtlich der Höhe der Gebühren noch hinsichtlich der Erstattungsfähigkeit bei Missbrauch (zum Beispiel LG Bielefeld, Urteil vom 2.6.2006, Az.: 15 O 53/06).

6. Abmahnfalle einmal anders

Internet World Business 03-2008, Seite 10

Wer unbegründet abmahnt, muss die Kosten der Gegenseite zahlen

Das Landgericht Bochum entschied jüngst, dass die zur Verteidigung erforderlichen Kosten für eine rechtsanwaltliche Gegenabmahnung erstattungsfähig sind, wenn die Abmahnung offensichtlich unbegründet ist.

Im konkreten Fall hatte der Inhaber einer Wort-/Bildmarke, die einen generischen Begriff enthielt, den Inhaber der gleichnamigen Domain abgemahnt, einen Dispute-Eintrag bei der Denic erwirkt sowie zur Löschung der Domain und Übernahme der durch die Abmahnung entsprechenden Kosten unter Fristsetzung und Klageandrohung aufgefordert.

Die Abmahnung, die wohl der Versuch war, durch "Abschreckung" günstig an eine Domain zu gelangen, wurde auf markenrechtliche Ansprüche gestützt. Der Empfänger der Abmahnung handelte jedoch nicht im geschäftlichen Verkehr. Auch bestand keine Verwechslungsgefahr, weil die Domain zwar registriert, aber nicht konnektiert war. Und schließlich sind generische Begriffe grundsätzlich nicht schutzfähig. Eine entsprechende Gegenabmahnung veranlasste die Abmahnerin, ihre Ansprüche nicht mehr geltend zu machen und den Dispute-Eintrag entfernen zu lassen. Dies mache deutlich, dass "die Gegenabmahnung veranlasst war, weil der Kläger damit die offensichtlich unzutreffenden Annahmen der Beklagten, auf denen die Abmahnung beruhte, ausgeräumt hat", so das Gericht.

Weil eine Abmahnung zur außergerichtlichen Befriedung von Ansprüchen nützlich ist, sahen die Richter auch die Gegenabmahnung als geboten an, "weil anzunehmen war, dass die Beklagte aufgrund der übermittelten Informationen ihren vermeintlichen Unterlassungsanspruch fallen lassen werde" (Az.: 13 O 130/07).

Neben der Erstattungsfähigkeit der Gegenabmahnungskosten dem Grunde nach unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag bestätigten die Richter auch den der Gegenabmahnung zugrunde gelegten Gegenstandswert von 50.000 Euro, der insoweit im Markenrecht üblichen Dimensionen entspricht.

Urteilsanalyse

Die Entscheidung der Bochumer Richter liefert ein gutes Beispiel dafür, dass dem häufig gestarteten Versuch, einer teilweise nur bedingt belastbaren Marke einer Domain habhaft zu werden, erhebliche Risiken entgegenstehen. Zwar mag man im Rahmen der Auseinandersetzung über eine Abmahnung je nach Fallkonstellation über unterschiedliche Rechtsansichten streiten, die dann im Ergebnis zu einem Vergleich oder einer gerichtlichen Auseinandersetzung führen. Ist aber für den Anwalt ohne Weiteres im Rahmen einer Subsumtion – also Einordnung eines Sachverhaltens unter eine bestimmte Rechtsnorm – ersichtlich, dass die für einen Anspruch erforderlichen Tatbestandsmerkmale nicht vorliegen, gleichzeitig, wie hier durch den Dispute-Eintrag, sogar die Position des Domaininhabers noch tangiert ist, läuft er Gefahr, im Wege der Gegenabmahnung oder sogar der negativen Feststellungsklage in Anspruch genommen zu werden. Ähnlich wie nun das Bochumer Landgericht hatte zuvor auch das Landgericht Hamburg einen Schadensersatzanspruch des zu Unrecht Abgemahnten in Höhe der Rechtsanwaltsgebühren festgestellt (Az.: 315 O 371/05).

Praxistipp:

Für die Praxis bedeutet dieses Urteil in Bestätigung der BGH-Rechtsprechung (BGH, GRUR 2005, 882), dass in Ausnahmefällen Anwaltskosten einer Gegenabmahnung erstattungsfähig sein können. Diese hängt davon ab, ob die Abmahnung rechtlich diskussionsfähig oder offensichtlich unbegründet ist. Soweit die Abmahnung der Klärung eines Rechtsverhältnisses dient, deren Problematik erst durch eine Erwiderung beseitigt wird, sind die Kosten einer Gegenabmahnung regelmäßig nicht erstattungsfähig.

Ist der Anspruch dagegen offensichtlich unbegründet, liefert das Bochumer Urteil eine hilfreiche Bestätigung für die Durchsetzung der Anwaltskosten beim Abmahner. Insoweit sollten Abmahner die Sachlage sehr genau prüfen, bevor sie zum Mittel Abmahnung greifen.

7. Abmahnung erhalten?

Internet World Business 15-2007, Seite 10

BGH: Die Beweislast für den Empfang einer Abmahnung liegt beim Empfänger

Der Bundesgerichtshof hat in einer Grundsatzentscheidung festgestellt, dass im Wettbewerbsprozess den Kläger grundsätzlich nicht die Beweislast des Zugangs einer Abmahnung beim Beklagten trifft (Az.: I ZB 17/06). Damit entschied der Erste Zivilsenat die seit Langem umstrittene Frage, wer den Zugang einer Abmahnung zu beweisen hat (siehe auch INTERNET WORLD Business 3/07, Seite 27).

Von Bedeutung ist diese Frage dann, wenn ein Beklagter bei einer gerichtlichen Geltendmachung durch einen Kläger dessen Begehren durch ein sogenanntes sofortiges Anerkenntnis nach § 93 Zivilprozessordnung (ZPO) anerkennt. Diese Vorschrift hat zur Folge, dass derjenige, der für eine Klage nicht Anlass gegeben hat, im Falle einer unmittelbaren Klageerhebung und einer sofortigem Anerkenntnis die Kosten des Prozesses nicht zu tragen hat. Um zu vermeiden, dass man auf den Kosten einer Klage sitzen bleibt, werden daher vor einer gerichtlichen Geltendmachung üblicherweise Abmahnungen vorausgeschickt.

Konnte nun der Kläger den Zugang der Abmahnung beim Beklagten nicht beweisen, kam es darauf an, wer die Beweislast für die Kostenfolge des § 93 ZPO, also der Kostentragungslast beim Kläger, hat.

Der BGH folgerte aus der Kostenüberwälzung im Falle des sofortigen Anerkenntnis vom Beklagten auf den Kläger, dass der Beklagte beweisen muss, dass er vor der Klage nicht abgemahnt wurde – spiegelbildlich also der Kläger den Zugang der Abmahnung nicht zu beweisen habe.

Da es sich auf Beklagtenseite um eine negative Tatsache handelt, also den Beweis, wonach etwas nicht erfolgt ist, stellten die Richter fest, dass dem Beklagten hier keine unzumutbare Belastung aufgebürdet werden darf. Der Beklagte habe vielmehr die Möglichkeit, die Tatsache, aus der sich ergibt, dass er keinen Anlass zur Klage gegeben hat, beispielsweise durch Benennung von Büropersonal zu erbringen. Bestreitet der Beklagte dagegen einfach nur, dass ihn eine Abmahnung nicht erreicht habe, so reicht ein qualifiziertes Vorbringen des Klägers zu den konkreten und detaillierten Umständen der Versendung aus, um die für ihn nachteilige Kostenfolge zu beseitigen.

Praxistipp:

Aus der Grundsatzentscheidung folgt, dass das Risiko einer für ihn nachteiligen gerichtlichen Entscheidung grundsätzlich beim Beklagten liegt, wenn er den Zugang einer Abmahnung bestreitet. Dies bedeutet für die Praxis – und dies ist eine generelle Empfehlung – dass ein Abgemahnter auf eine Abmahnung erwidern sollte.

Der Inhalt einer Erwiderung richtet sich nach der konkreten Fallsituation und mag von der Abgabe einer Unterlassungserklärung in klaren Fällen über die Abgabe einer modifizierten Unterlassungserklärung ohne Anerkenntnis einer Rechtspflicht und Präjudiz und unter Verwahrung gegen die Kosten bis hin zu einer Gegenabmahnung mit der Androhung einer negativen Feststellungsklage reichen. Generell hat der Abgemahnte bei eindeutigen Fällen durch eine Abmahnung den Vorteil einer außergerichtlichen Erledigung und kann dadurch Prozesskosten sparen.

Für den Abmahnenden gilt zwar nach der BGH-Entscheidung, dass dieser den Zugang nicht zu beweisen hat. Da aber dennoch auch der Entlastungsbeweis durch den Beklagten möglich ist, sei an dieser Stelle die Empfehlung wiederholt, die wir bereits früher veröffentlicht haben: Versenden Sie eine Abmahnung am besten per Einschreiben oder parallel auf mehreren Kanälen, also mit einfacher Post und per Telefax und/oder E-Mail. Das macht es für den Empfänger schwieriger zu behaupten, er habe keine Abmahnung erhalten. "Steht fest, dass die Abmahnung als Brief, als Telefax und als E-Mail versandt worden ist, erscheint das Bestreiten des Zugangs von vornherein in wenig glaubhaftem Licht", so der BGH.

8. Abmahnungsmissbrauch gerichtlich bestätigt

Internet World Business 11-2007, Seite 10

Das LG Paderborn wies den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung eines mehrfach in Erscheinung getretenen Serienabmahners als rechtsmissbräuchlich ab (Az.: 7 O 20/07). Wie in anderen Fällen auch, ging es um die Frage der Widerrufsbelehrung bei Ebay (14 Tage oder ein Monat). Die Richter sahen den Missbrauchseinwand aus § 8 Abs. 4 UWG als zutreffend an und urteilten sehr deutlich: "Die Antragstellerin gehört offensichtlich zum Kreis der Unternehmen, die sich nach Aufkommen der Rechtsprechung des Kammergerichts Berlin und des Oberlandesgerichts Hamburg zum Thema Textform mit Rechtsanwälten verbündet haben, um Internetseiten bei Ebay etc. auf eventuelle Belehrungsdefizite zu durchsuchen und durch Abmahnungen die eigenen Einkünfte zu erhöhen." Zu erwähnen ist eine gleichgelagerte Entscheidung des LG Hildesheim, das aus den gleichen Gründen einen Rechtsmissbrauch annahm (Az.: 11 O 17/07).

Praxistipp:

Gegen Abmahnungen gibt es vielfältige Verteidigungsmöglichkeiten. Zwar ist nicht jede Mehrfachabmahnung rechtsmissbräuchlich. Sie sollten jedoch – speziell bei "Abmahnklassikern" oder neuen "Abmahnwellen" – die Hintergründe recherchieren, um gegebenenfalls unabhängig von der eigentlichen Rechtslage den Rechtsmissbrauchseinwand erheben zu können.

9. Gewerblich oder nicht bei eBay – zwei Entscheidungen

Internet World Business 09-2007, Seite 11

Das OLG Frankfurt entschied, dass auch der Verkauf aus einer privaten Stempelsammlung als gewerbliche Tätigkeit einzustufen sei (Az.: 6 W 27/07), da der

Verkäufer im entschiedenen Fall 484 (bewertete) Geschäfte innerhalb eines Jahres ausübte. Diese setzt ein selbstständiges und planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt voraus (BGH, Az.: VIII ZR 173/05), wobei eine Gewinnerzielungsabsicht nicht notwendig erforderlich ist. Auch wenn der Verkauf nur aus einer privaten Sammlung erfolgte, sahen die Richter in der Planung des Verkaufs von weit über 100.000 postgeschichtlichen Belegen die Voraussetzungen einer gewerblichen Tätigkeit als erfüllt an. Demgegenüber verneinte das LG Coburg bei einem Fall mit 1.711 Bewertungen die Unternehmereigenschaft, da dieser Gesamtzahl lediglich 200 Verkaufsgeschäfte zugrunde lagen. Hinzu kam, dass der Verkäufer nicht den Status eines "Power-Sellers" hatte.

Praxistipp:

Die Grenze vom Verbraucher zum Unternehmer ist fließend. Den Unternehmer treffen über dreißig Hinweis- und Belehrungspflichten, möchte er sich rechtskonform verhalten, sodass deren bewusste Nichtbeachtung als angeblicher "Verbraucher" mit erheblichen Risiken behaftet ist.

10. Zugang von Abmahnungen

Internet World Business, 03/07, S. 27

Wer behauptet, eine Abmahnung nicht erhalten zu haben, muss dies beweisen

Über die Tatbestände, um die es bei Abmahnungen üblicherweise geht, wird auch vor Gericht häufig verhandelt. Gerichtsentscheidungen über Abmahnungen selbst sind dagegen eher selten zu finden.

Im konkreten Fall ging es um die Kostenlast einer einstweiligen Verfügung. Der Anspruchsgegner hatte den Anspruch an sich sofort anerkannt, zu den Kosten jedoch eingewandt, eine vorherige Abmahnung – welche den teuren Gerichtsbeschluss hätte überflüssig machen können – nie erhalten zu haben.

Hierzu entschied das Landgericht Hamburg, dass das bloße Bestreiten des Zugangs durch den Abgemahnten unerheblich sei, da er vielmehr den Nichtzugang der Abmahnung zu beweisen habe (Urteil vom 9. Januar 2007).

Risiko beim Empfänger

Damit entspricht die Entscheidung der herrschenden Rechtsprechung, die das Risiko, dass die Abmahnung auf dem Postweg verloren geht, dem Unterlassungsschuldner, also dem Abgemahnten, zurechnet (so zum Beispiel OLGe Hamburg, Frankfurt, Karlsruhe, Stuttgart und Hamm). Diese Risikoabwälzung beruht auf der Erwägung, dass es sich bei der Abmahnung letztendlich um eine "Wohltat für den Schuldner handelt, der auf diese Weise Gelegenheit erhält, die Angelegenheit kostengünstig beizulegen", so heißt es in einer Urteilsbegründung. Eine

höchstrichterliche Rechtsprechung gibt es zu dieser Frage nicht, weil in einstweiligen Verfügungsverfahren die Oberlandesgerichte abschließend entscheiden und deshalb keine Revision zum BGH statthaft ist. Grundsätzlich muss ein Antragsteller jedoch den Zugang einer Willenserklärung beweisen. Kann er dies nicht, so bürden beispielsweise das Kammergericht Berlin und das OLG Dresden die Kosten im Falle der Nichterbringung des Zugangsbeweises dem Anspruchsberechtigten auf.

Abmahnung sicher versenden

Auch wenn die Rechtsprechung den Zugangsbeweis überwiegend für nicht erforderlich hält, wenn ein Versenden der Abmahnung – beispielsweise durch ein aussagekräftiges Telefaxprotokoll – zusätzlich dokumentiert wird, ist der sichere Weg die Versendung durch Boten, wie zum Beispiel durch Dokumenten-Services oder per Einschreiben/Rückschein.

Scheut man diese Kosten, sollte eine Abmahnung parallel per Telefax, per E-Mail und per Post versendet werden, da dann die Einlassung des Schuldners, er habe auf keinem der drei Wege die Abmahnung erhalten, von vornherein wenig glaubhaft ist und somit ein Richter die Überzeugung gewinnt, dass die Abmahnung dem Schuldner zugegangen ist.

Ein Abgemahnter sollte im Hinterkopf behalten, dass eine Abmahnung als Angebot zum Abschluss eines Unterwerfungsvertrags grundsätzlich die vorteilhafte Möglichkeit der Vermeidung von Gerichtskosten bieten kann. Man sollte allerdings immer prüfen, ob zum einen der geltend gemachte Anspruch berechtigt und zum anderen die Höhe der Vertragsstrafe angemessen ist. Mit der Abgabe einer Unterlassungserklärung mit angemessener Vertragsstrafe beseitigt ein Unterlassungsschuldner die Wiederholungsgefahr, sodass das Risiko einer gerichtlichen Inanspruchnahme entfällt.

Nicht erforderlich hierbei ist, dass der Unterlassungsschuldner Rechtsanwaltsgebühren unmittelbar dem Grunde oder sogar der Höhe nach anerkennt oder sich gar sofort zur Zahlung eines bestimmten Schadensersatzes verpflichtet.

In diesem Zusammenhang sei auf die geplante Novellierung des Urheberrechts hingewiesen, wonach in den "Abmahnungsklassikern" wie zum Beispiel der Stadtplanabmahnung in "einfach gelagerten Fällen mit einer nur unerheblichen Rechtsverletzung außerhalb des geschäftlichen Verkehrs die erstattungsfähigen Anwaltsgebühren für die Abmahnung nicht mehr als 50 Euro betragen" sollen.

11. Dauerbrenner Widerrufsrecht bei eBay

Internet World Business, 03/07, S. 8

Nachdem das Oberlandesgericht Hamburg und das Kammergericht Berlin – wie berichtet – das 14-tägige Widerrufsrecht als rechtswidrig einstuften und demgegenüber von einem einmonatigen Widerrufsrecht ausgehen, entschied nunmehr das Landgericht Paderborn, dass die Belehrung über ein Widerrufsrecht von 14 Tagen ausreichend sei. Gegen die insbesondere in der Berliner Entscheidung

vertretene Auffassung, wonach die über eine Internetseite kommunizierte Widerrufsbelehrung keine Textform im Sinne des § 126b BGB darstelle, weil es an einer dauerhaften Wiedergabe der Schriftzeichen fehle, sah das Paderborner Gericht das Textformerfordernis als erfüllt an. Insbesondere habe der Verbraucher doch die Möglichkeit, die Widerrufsbelehrung zu speichern und auszudrucken, wodurch dessen "Schutzbedürfnis an einer dauerhaften Verfügbarkeit der Information (É) hinreichend Rechnung getragen" würde. Im Übrigen bliebe das Angebot nach Zuschlag noch 90 Tage auf der Ebay-Plattform gespeichert und damit für den Verbraucher abrufbar.

Praxistipp:

Bis zur Klärung durch den BGH bleibt die Rechtsfrage spannend. Ebay-Anbieter, die weniger als einen Monat Widerrufsfrist einräumen, gehen derzeit ein erhebliches Risiko ein, eine Abmahnung zu erhalten.

12. Was eBay sagen muss

Internet World Business 22-2006 , Seite 10

Bei Angaben zu seinen Mitgliedern mauert das Auktionshaus manchmal

Die Anonymität der Mitglieder steht bei Ebay hoch im Kurs – oft zum Ärger von Geschädigten

Wer gegen einen Anbieter auf Ebay juristisch vorgehen will, hat damit oft Schwierigkeiten, weil bei den meisten Auktionen weder der Name noch die Anschrift des Verkäufers zu finden sind. Die Ebay-Zentrale verweigert auf Anfrage häufig die Weitergabe dieser personenbezogenen Daten. Begründung: "Datenschutz!"

Das OLG München verurteilte das Online-Auktionshaus jetzt als Mitstörerin bei einer Urheberrechtsverletzung zur Unterlassung und Auskunft bezüglich der Identität des Anbieters. Das Gericht sah die Haftung von Ebay gemäß § 11 S. 1 Nr. 2 Teledienstegesetz (TDG) als gegeben an, da Ebay nach Kenntniserlangung der Auktion mit urheberrechtsverletzenden Inhalten keine geeigneten Maßnahmen gegen eine Wiederholung ergriffen hatte.

Urteilsanalyse

Das Gericht stellte fest, dass zwar keine Pflicht zur "proaktiven" Überwachung rechtsverletzender Inhalte besteht, jedoch zu bedenken sei, dass "die Beklagte durch ihr geschuldete Entgelte und Provisionen (É) an dem Verkauf urheberrechtsverletzender Waren beteiligt ist".

Analog zu Entscheidungen zum Thema Forenhaftung (vgl. IWB 19/06, S. 10) bedeutet dies, dass bei einem Hinweis auf klare Rechtsverletzungen nicht nur das konkrete Angebot unverzüglich gesperrt werden, sondern auch Vorsorge zur Vermeidung weiterer derartiger Verletzungen getroffen werden muss.

Den Auskunftsanspruch gemäß § 101a UrhG stufte der Münchner Zivilsenat als eine "andere Rechtsvorschrift" i.S.d. § 3 Abs. 1 Teledienstedatenschutzgesetz ein, die es erlaubt, personenbezogene Daten weiterzugeben.

Praxistipp:

Für die Praxis bedeutet die Mitstörerhaftung vor allem aber die Bejahung des Auskunftsanspruchs. Rechteinhabern wird nunmehr eine (etwas) bessere Möglichkeit zur effektiven Durchsetzung ihrer Rechte an die Hand gegeben.

Während die Mitstörerhaftung bei offensichtlichen Rechtsverletzungen zunächst nur dazu führt, dass rechtswidrige Angebote zu sperren sind und nach vergleichbaren rechtswidrigen Auktionen zu forschen ist, bedeutet der Auskunftsanspruch eine Erleichterung. Möchte der Rechteinhaber Schadensersatzansprüche gegen den Verletzer geltend machen – nach seiner Wahl entweder den entgangenen Gewinn, die Abschöpfung des erzielten Gewinns oder eine Entschädigungslizenz –, benötigt er den Namen und die Anschrift des Auktionsanbieters.

In der Praxis verweigert(e) Ebay im Falle von Rechtsverletzungen häufig mit Hinweis auf den Datenschutz eine Auskunft zum Anbieter, sodass nur die Möglichkeit eines Testkaufs besteht.

Bei Fällen, in denen eine entsprechende kriminelle Energie zum Tragen kommt, hilft dieser Auskunftsanspruch nur bedingt, da Auktionsanbieter und Kontoinhaber oft unterschiedlichePersonen sind. Der Kläger muss dann erst nachweisen, dass ein Kontoinhaber von dem rechtswidrigen Gebaren des Anbieters wusste und Beihilfe geleistet hat. Außerdem muss dieser über den Kontoinhaber die Identität des eigentlichen Anbieters ermitteln. Das letzte Wort zu diesem Thema ist übrigens noch nicht gesprochen – der BGH wird sich mit dem Fall auch noch befassen.

13. Abmahnkosten trotz Rechtsabteilung erstattungsfähig

Internet World Business, 14/06, Seite 12

Das OLG Frankfurt verurteilte jüngst einen Mitbewerber zur Erstattung der durch eine anwaltliche Abmahnung entstandenen Kosten (OLG Frankfurt, Az.: 3-11 O 158/04). Dieser Erstattungsanspruch wurde trotz Bestehens einer Rechtsabteilung damit begründet, dass ein Unternehmen nicht verpflichtet ist, eine eigene Rechtsabteilung zu unterhalten. Das Gericht: "Wenn aber von einer Partei die Einrichtung einer Rechtsabteilung nicht verlangt werden kann, ungeachtet der Frage, ob eine solche für sie zweckmäßig wäre, kann ein Unternehmen, welches über eine Rechtsabteilung verfügt, grundsätzlich nicht gehalten sein, ihrer Rechtsabteilung an Stelle eines Anwalts die Ahndung von Rechtsverstößen zu übertragen." Begründet wurde diese Entscheidung auch damit, dass die Juristen des Unternehmens zunächst die Aufgabe haben, das Wettbewerbsverhalten des eigenen Unternehmens zu überprüfen und dieses zu beraten. Demgegenüber gehöre es keineswegs zu den ureigenen Aufgaben eines kaufmännischen Unternehmens, Wettbewerbsverstöße von Mitbewerbern zu verfolgen.

Praxistipp:

Ob dieses Urteil dauerhaft Bestand hat, steht derzeit noch nicht fest. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung wurde die Revision zum BGH zugelassen.

14. Wer haftet für unberechtigte Abmahnungen?

Internet World Business, 12/05, Seite 12

Der Große Senat des Bundesgerichtshofs für Zivilsachen hatte jüngst die Vorlagefrage des I. und X. Senats zu entscheiden, inwieweit ein Abmahner für eine unberechtigte Schutzrechtsverwarnung aus Immaterialgüterrechten (d. h. insbes. Marken-, Urheber- und Patentrechte), haftet. Die Richter entschieden zusammengefasst, dass wegen der von einer unbegründeten Verwarnung ausgehenden Gefahr für Wirtschaft und Wettbewerb es einer Sanktion in Form einer Haftungsfolge für unberechtigte Verwarnungen bedarf (Az.: GSZ 1/04).

Urteilsanalyse

Im Rahmen der Urteilsbegründung stellte der Große Zivilsenat darauf ab, dass eine unberechtigte Schutzrechtsverwarnung einen rechtswidrigen Eingriff in das Recht des Betroffenen am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen kann. Daher sei der Schutzrechtinhaber dazu angehalten, vor einer Unterlassungsaufforderung die gebotenen, von ihm zu erwartenden und ihm zumutbaren Prüfungen zur Berechtigung seines Verlangens vorzunehmen. Speziell bei Abnehmerverwarnungen, bei denen der Eingriff besonders schwerwiegend sei, müsse der Hersteller geschützt werden, da angesichts sich schnell verändernder Märkte eine Wiederaufnahme einer einmal beendeten Kundenbeziehung nur schwer möglich sei und daher zu einem erheblichen Schaden führen kann.

Praxistipp

Jeder Inhaber eines Schutzrechts sollte vor der Abmahnung eines Mitbewerbers, vor allem aber des Abnehmers eines Mitbewerbers, sorgsam prüfen, ob eine Rechtsverletzung vorliegt. Stellt sich heraus, dass eine solche Inanspruchnahme schuldhaft unberechtigt erfolgt, können erhebliche Schadensersatzansprüche, insbesondere zur Rechtsverteidigung, im Raum stehen. Dies zeigt sich in der Praxis beispielsweise, wenn versucht wird, aus Marken, die in einer völlig anderen Waren- oder Dienstleistungsklasse geschützt sind, eine Domain zu erlangen, deren Nutzung offensichtlich keine Verwechslungsgefahr mit der Marke aufweist.

Spiegelbildlich dazu kann ein zumindest fahrlässig unberechtigt Abgemahnter die bei ihm entstehenden Schäden und Kosten der Rechtsverteidigung dem Gegner in Rechnung stellen.

15. Auskunft bei Rechtsverletzung

Internet WORLD 05/05, Seite 18

Auktionshaus muss Täter nennen

Gilt auch für eBay: Auktionshäuser müssen Betroffenen Name, Anschrift und erzielte Umsätze eines Rechtsverletzers nennen. Im konkreten Fall sprach das Landgericht Hamburg (Az.: 312 O 1052/03) dem Kläger einen Auskunftsanspruch zu. Damit hat es eine wichtige Basis für die Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Verletzer geschaffen. Die Kammer leitete den Anspruch aus § 242 BGB ab und verneinte entgegenstehende datenschutzrechtliche Aspekte. Dem Gesetzgeber könne „nicht unterstellt werden, dass er in dieser Weise Rechtsverletzer privilegieren will, die für ihr verbotenes Tun Telediensteanbieter in Anspruch nehmen“, so die Richter.

Praxistipp:

Bei der Geltendmachung von Verletzungsansprüchen haben Auktionshäuser immer wieder die Preisgabe der Personendaten unter Hinweis auf den Datenschutz verweigert. Relevant ist das Auskunftsbegehren nicht nur hinsichtlich der Identität des Verletzers, sondern insbesondere zur Bezifferung von marken- oder urheberrechtlichen Schadensersatzansprüchen. Im Urheberrecht wird ein Auskunftsanspruch regelmäßig aus § 101a UrhG abgeleitet. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass auch Provider, auf deren Server unerlaubtes Filesharing betrieben wird, einem solchen Auskunftsanspruch unterliegen können. Einen solchen bejahten die Landgerichte München I (21 O 5250/03) und Hamburg (308 O 264/04); jüngst entschied jedoch das OLG Frankfurt (11 U 51/04), ein solcher Anspruch bestünde nicht, da § 101a Abs. 1 Urhebergesetz nicht anwendbar sei. Die auf das so genannte Produktpirateriegesetz zurückgehende Bestimmung erfasse ihrem Wortlaut nach nur die Herstellung und Verbreitung „körperlicher Vervielfältigungsstücke“ (siehe IW 4/05). Für den Bereich der Auktionshäuser dürfte indes auch nach der Frankfurter Entscheidung ein urheberrechtlicher Auskunftsanspruch zu bejahen sein, da hier regelmäßig körperliche Waren gehandelt werden.

V. Markenrecht

1. Missbrauch oder nicht?

<u>Internet World Business 18-2008, Seite 10</u>

Gerichte sind sich über die Verwendung von Markennamen als Adwords uneins

Die Suchergebnisse bei Google sind zweigeteilt: Im sogenannten "Natural Ranking" listet die Suchmaschine gefundene Websites automatisch auf. Um auf der Google-Seite in der rechten Spalte unter "Anzeigen" zu erscheinen, muss ein Websitebetreiber im Google-Adwords-Programm bestimmte Suchbegriffe buchen. Hierbei können sowohl identische Begriffe wie auch vergleichbare Begriffe ("weitgehend passende Keywords") für eine Anzeigenschaltung ausgewählt werden. Während der Einsatz generischer Keywords (zum Beispiel "Klebstoff") regelmäßig unproblematisch ist, hatten sich die Gerichte mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Verwendung fremder Kennzeichen (zum Beispiel "UHU") eine Marken- oder Wettbewerbsverletzung darstellt.

Geklärt: Meta-Tags

Während der Bundesgerichtshof bei der Verwendung einer fremden Bezeichnung als "Meta-Tag" oder in "Weiß-auf-Weiß-Schrift" eine markenmäßige Benutzung annahm, "weil mithilfe des Suchworts das Ergebnis des Auswahlverfahrens beeinflusst und der Nutzer auf diese Weise zu der entsprechenden Internetseite geführt wird" (BGH Az.: I ZR 183/03), ist die Rechtmäßigkeit der Adword-Verwendung durch Mitbewerber nach wie vor umstritten.

Ohne dass hier auf die jeweils konkreten Entscheidungsgründe und Fallsituationen eingegangen werden kann, verneinten zusammengefasst die Oberlandesgerichte Düsseldorf (Az.: I-20 U 79/06), Köln (Az.: 6 U 48/07), Dresden (14 U 1958/06) sowie jüngst das OLG Frankfurt (Az.: 6 W 17/08) marken- und wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche.

Das OLG Frankfurt urteilte beispielsweise, Markennamen in Adwords seien nur schwach kennzeichnungskräftig, weil der Internetnutzer darauf eingerichtet sei, dass "sich nicht alle Treffer auf das von ihm gesuchte Ziel beziehen; dementsprechend sind die aus der Trefferliste ersichtlichen Kurzhinweise bei der Frage, ob markenmäßige Benutzung und Verwechslungsgefahr vorliegen, noch zu berücksichtigen".

Noch kein BGH-Urteil zu Adwords

Zu anderen Urteilen kamen die Oberlandesgerichte Braunschweig (Az.: 2 W 177/06 und 2 U 33/08), München (Az.: 29 W 1355/08), Karlsruhe (Az.: 6 U 69/07) und Stuttgart (Az.: 2 U 23/07). Sie stufen die Verwendung von Adwords als rechtswidrig ein und begründeten dies insbesondere damit, dass deren Verwender sich gerade die "für Marken spezifische Lotsenfunktion" zunutze mache.

Bis zur höchstrichterlichen Klärung dieser Frage durch den BGH bleibt das Risiko der Anzeigenschaltung durch Verwendung von Kennzeichen Dritter als Keywords erheblich – nicht zuletzt dadurch, dass durch den sogenannten "fliegenden Gerichtsstand" sich der Kennzeicheninhaber das für ihn günstigste Gericht aussuchen kann. Wenngleich die Argumentation einer Beseitigung der Verwechslungsgefahr durch sofortige Sichtbarkeit des Anzeigenergebnisses nachvollziehbar ist, dürfte zumindest wettbewerbsrechtlich zu berücksichtigen sein, dass das Suchergebnis gerade durch Eingabe des fremden Kennzeichens erzielt wird. Werden zudem bekannte und berühmte Marken verwendet, sodass es keiner Branchenidentität oder -ähnlichkeit mehr bedarf, wächst das Risiko weiter; es ist daher zum einen aus rechtlicher Sicht von einer diesbezüglichen Strategie abzuraten, zum anderen muss sich der Verwender auch fragen, inwieweit der Werbenutzen im Verhältnis zum Risiko steht. Auch sollte vor jeder Buchung detailliert die zum Teil automatisiert generierte Keywordliste dahingehend geprüft werden, inwieweit Marken von Mitbewerbern dort vorgeschlagen werden.

2. Haftung erst ab Kenntnis

Internet World Business 13-2008, Seite 10

Wann man als Betreiber einer Handelsplattform abgemahnt werden kann

Ein Fall, wie er fast jeden Tag im Internet vorkommt: Ein Inhaber einer Marke findet auf einer Handelsplattform Angebote, die seinen Markennamen rechtswidrig verwenden und mahnt daraufhin den Plattformbetreiber kostenpflichtig ab. Zu Recht? Nein, sagte das Landgericht Düsseldorf (Az.: 2a O 314/07) und gab einer Klage auf Kostenerstattung wegen unberechtigter Abmahnung statt.

Im vorliegenden Fall war ein Betreiber eines Internethandelsplatzes für Großhandelsware gegen eine unberechtigte Abmahnung vorgegangen. Der Abmahner hatte behauptet, dass auf der Handelsplattform Schuhe vertrieben würden, deren Bezeichnung gegen seine Markenrechte verstoßen würde und den Betreiber auf Unterlassung in Anspruch genommen. Dessen Rechtsanwälte forderten den Abmahner auf zu erklären, keine Ansprüche auf Unterlassung, Auskunft und Schadensersatz mehr geltend zu machen sowie die Kosten der Rechtsverteidigung zu tragen. Nachdem der Abmahner diese geforderte Erklärung erst im gerichtlichen Verfahren abgab, verurteilte ihn das LG Düsseldorf zur Übernahme der Kosten und führte im Lichte der BGH-Rechtsprechung zur Handelsplattform Ebay aus, dass die objektiv unzutreffende Abmahnung auch schuldhaft erfolgte.

Urteilsanalyse

Es sei "bei sorgfältiger Prüfung und Einschaltung von erfahrenen Beratern in Anbetracht der ergangenen Rechtsprechung des BGH möglich zu erkennen, dass es an einer Schutzrechtsverletzung der Klägerin fehlte", begründeten die Richter ihre Entscheidung. Objektiv sei klar gewesen, dass der Plattformbetreiber nicht als Mitstörer haftet. Der Anbieter wäre erst dann als Störer in Anspruch zu nehmen, wenn er auf das Abmahnschreiben nicht entsprechend reagiert hätte. Denn als Störer haftet nur derjenige, der – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – "in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzung eines geschützten Gutes beiträgt, wenn ihn insoweit Prüfungspflichten treffen", so hat es der Bundesgerichtshof formuliert. Man kann also schwerlich für eine Tat haften, von der man gar nichts weiß und die deshalb auch nicht willentlich geschah.

Dazu stellten die Richter fest, dass es einem Unternehmen, das im Internet eine Plattform betreibt, nicht zumutbar sei, jedes Angebot vor Veröffentlichung im Internet auf eine mögliche Rechtsverletzung hin zu überprüfen. Ihm obläge es vielmehr "auf einen entsprechenden Hinweis, das Angebot unverzüglich zu sperren und Vorsorge zu treffen dass es möglichst nicht zu weiteren derartigen Markenverletzungen kommt".

Der Abmahner musste – so entschieden die Richter – die Kosten des Verfahrens tragen, weil man bei sorgfältiger Prüfung der Rechtslage ohne Weiteres zu dem Ergebnis einer fehlenden Haftung hätte kommen können. Nachdem der Abmahner mit anwaltlichem Schreiben abgemahnt hatte, stand es auch dem in Anspruch Genommenen frei, seinerseits Rechtsanwälte einzuschalten.

Praxistipp:

Jeder Inhaber gewerblicher Schutzrechte hat selbstverständlich einen Anspruch gegen deren Verletzung vorzugehen. Adressat von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen sind indes primär die Rechtsverletzer. Deren Identität lässt sich nur bedingt über den jeweiligen Plattformbetreiber ermitteln; notfalls muss die Identität im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens über die Staatsanwaltschaft festgestellt werden.

Für Plattformbetreiber bedeutet das Urteil, dass selbstverständlich – wie bisher – unmittelbar auf eine entsprechend angezeigte Rechtsverletzung zu reagieren ist. Wenngleich im konkreten Fall fraglich sein mag, ob es sich tatsächlich um eine Rechtsverletzung handelt, tut ein Anbieter gut daran das Angebot vorsorglich und schnellstmöglich von der Plattform herunterzunehmen, möchte er nach der aufgezeigten Rechtsprechung nicht selbst als Störer haften.

3. hotel.de nicht eintragungsfähig

Internet World Business 13-2007, Seite 9

Mit dem Ziel, einen einprägsamen Namen für sein Unternehmen zu schaffen, um dadurch einen erhöhten Wiedererkennungswert zu generieren, wird nicht selten versucht, Gattungsbegriffe als Marke eintragen zu lassen. Allerdings wird dabei häufig übersehen, dass auch bei als Marke registrierten Gattungsbegriffen der Schutzumfang dieser sehr beschränkt ist, denn der Gesetzgeber sieht ein erhebliches Freihaltebedürfnis für Gattungsbegriffe aller Art. Dies wird auch bei dem vom Europäischen Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (HABM) entschiedenen Fall der

Markenanmeldung hotel.de deutlich (Az.: R 631/2006-4). Die Bestandteile "Hotel" und die Top-Level-Domain "de" seien rein beschreibend und damit für entsprechende Internetdienstleistungen schutzunfähig. Das ist leicht nachvollziehbar, schließlich gibt es im Internet zahlreiche Hotel-Seiten aus Deutschland – und Hotel ist nun mal ein Begriff, der eine Gattung beschreibt, nicht ein bestimmtes Etablissement.

Praxistipp:

Eine Eintragung beschreibender Begriffe lässt sich teilweise dadurch erreichen, dass einem Gesamtkennzeichen als Wort-/Bildmarke eine Schöpfungshöhe zuteil wird, die es insgesamt schutzfähig werden lässt. Spiegelbildlich dazu gilt der eingeschränkte Schutzumfang dann nicht für den isolierten Wortbestandteil.

4. Markenverletzung durch Google-Adwords

Internet World Business 12-2007, Seite 12

Das Landgericht Köln entschied im Lichte der BGH-Rechtsprechung zur Unzulässigkeit fremder Kennzeichen als Meta-Tags, dass auch deren Verwendung als Keywords im Rahmen des Google-Adwords-Advertisings Markenrechte verletzen

kann (Az.: 81 O 174/06). Im konkreten Fall nutzte ein Konkurrent die Marke eines Mitbewerbers, um bei Eingabe dieses Kennzeichens in der Suchmaschine Google als Anzeige dort aufgeführt zu werden. Im Unterschied zum Sachverhalt der Meta-Tag-Entscheidung des BGH, bei der sich das fremde Kennzeichen zumindest im HTML-Code befindet, dient es hier nur als Anweisung an einen Dritten zur Platzierung der Anzeige. Die Kölner Richter begründeten die Verurteilung damit, dass es sich im Ergebnis nicht anders auswirkt, "ob sich die Anweisung aus technischen Gründen im engeren Zusammenhang mit der Anzeige befindet – etwa im Quelltext wie im Fall der Meta-Tags oder in einem vergleichbaren "Versteck" – oder ob sie von einem Dritten ausgeführt wird (É)".

Praxistipp:

Wie schon im Zuge anderer Entscheidungen erläutert, ist es sehr riskant, über technische Hilfsmittel den Ruf einer fremden Marke für die Förderung des eigenen Geschäfts auszubeuten. Das kann zu Unterlassungs- und zu Schadensersatzansprüchen führen, sodass von dieser "Werbestrategie" dringend abzuraten ist.

5. Adwords verletzen Markenrechte

Internet World Business 06-2007, Seite 10

Das Oberlandesgericht Dresden entschied jüngst, dass die Verwendung fremder Marken in Adwords die Markenrechte verletzt (Az.: 14 U 1958/06). Nachdem zuvor intensiv diskutiert worden war, ob Marken im nicht sichtbaren Bereich einer Website (das heißt, diese sind nicht unmittelbar wahrnehmbar – wie zum Beispiel in Metatags im Quelltext der Seite) Markenrechte verletzen, entschied der Bundesgerichtshof wie berichtet erst kürzlich, dass die Verwendung fremder Kennzeichen als Metatag rechtswidrig ist (s. INTERNET WORLD Business Ausgabe 12/2006, S. 10).

Gleiches sollte auch für die Verwendung in Adwords im Rahmen eines Keyword-Advertising bei Suchmaschinen gelten, wie das OLG Dresden nunmehr bestätigte. Immerhin ist die Zielgenauigkeit von Adwords häufig höher als bei Metatags, die von Suchmaschinen zunehmend vernachlässigt werden.

Praxistipp:

Für ein Verletzungsverfahren sollte dokumentiert werden, welche Suchbegriffe zu einem bestimmten Ergebnis führen. Auch automatisch generierte "weitgehend passende Keywords" können Kennzeichenrechte verletzen. Umstritten ist in diesem Zusammenhang noch, inwieweit Google hier zur Auskunft bezüglich einer Adword-Buchung verpflichtet ist.

7. guenstig.de nicht besser als günstig.de

Internet World Business, 13/06, Seite 12

Das Landgericht Frankenthal hatte über die Verwendung der Domain günstig.de durch die verklagte Firma Amazon zu entscheiden.

Zwar wurde zugunsten der Klägerin die Wort-/Bildmarke "guenstig.de" eingetragen, grundsätzlich gilt aber bei der Feststellung des Gesamteindrucks von Wort-/Bildmarken regelmäßig der Erfahrungssatz, dass der Wortbestandteil den Gesamteindruck prägt. Dies setzt jedoch die Feststellung voraus, dass dem Wortbestandteil auch Schutzfähigkeit zukommt. Aufgrund des rein beschreibenden Charakters des Begriffes "günstig" versagten die Richter aus der Marke wie auch aus dem Unternehmenskennzeichen daher den entsprechenden isolierten Schutz für den Textbestandteil (LG Frankenthal, Az.: 2HK O 55/05). Davon nicht betroffen ist eine eventuelle grafische Gestaltung.

Praxistipp:

Häufig wird versucht, mangelnde Unterscheidungskraft des Textbestandteils über grafische Elemente auszugleichen, um diesem zur Schutzfähigkeit als Wort-/Bildmarke zu verhelfen. In diesem Fall kann dann aber gegen eine Verwendung des isoliert gesehen schutzunfähigen Textbestandteils nicht vorgegangen werden, da nur der Gesamteindruck der Marke – der sich aus dem "Wording" und der grafischen Gestaltung zusammensetzt – maßgeblich ist.

8. Meta-Tag-Entscheidung und Adwords

Internet World Business, 12/06, Seite 10

Ein Dauerbrenner bei juristischen Streitigkeiten im Internet ist die Frage, ob ein Website-Betreiber bereits einen Wettbewerbsverstoß begeht, wenn er fremde Markenzeichen unsichtbar in den Meta-Tags seiner Seite verwendet, um damit Suchmaschinen zu beeinflussen. Diesem Verfahren hat jetzt der Bundesgerichtshof in einer Grundsatzentscheidung eine Absage erteilt (Az.: I ZR 183/03). Wie bereits in der vergangenen Ausgabe berichtet, verurteilte der 1. Zivilsenat den Beklagten, es zu unterlassen, das Wort "Impuls" im HTML-Code von Internet-Seiten zu verwenden. Da die Urteilsgründe noch nicht schriftlich abgefasst vorliegen, steht noch nicht fest, ob der BGH den Anspruch auf das Marken- oder das Wettbewerbsrecht oder auf beide gestützt hat. Fest steht damit in jedem Fall aber, dass eine Nutzung fremder Kennzeichen in Meta-Tags durch Mitbewerber rechtswidrig ist.

Praxistipp:

Da die Entscheidung Kennzeichen im nicht ohne weiteres sichtbaren Bereich einer Seite betraf, dürfte dies auch ein Signal in Richtung Keyword-Advertising sein. Demgemäß dürfte auch die Verwendung von Mitbewerberkennzeichen als Adword rechtswidrig sein. Auch hier bleibt die Grundsatzentscheidung abzuwarten; das Risiko ist aber gestiegen.

9. "Fußball WM 2006" nicht als Marke schutzfähig

Internet World Business 10-2006 , Seite 12

Dennoch gilt weiter: Vorsicht bei Werbung rund um die WM

Die vergleichsweise aggressive Markenstrategie der FIFA, die nicht nur politisch für erhebliches Aufsehen gesorgt hat, wurde nun durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofes erneut geschwächt. Der BGH entschied, dass die für den Fußball-Weltverband FIFA eingetragene deutsche Marke "Fußball WM 2006" nicht schutzfähig ist, da es sich hierbei um eine sprachübliche Bezeichnung handle, die die in Deutschland stattfindende Fußball-Weltmeisterschaft beschreibt (Az.: I ZB 96/05 und I ZB 97/05).

Mangels Unterscheidungskraft ordnete der BGH daher die vollständige Löschung der Marke an. Demgegenüber müsse die Marke "WM 2006" differenziert betrachtet werden und zwar im Hinblick auf die konkret angemeldeten Waren und Dienstleistungen, da sich hier nicht zwingend ein Bezug zur Fußball-Weltmeisterschaft herstellen lasse.

Für Unternehmen bedeutet die Entscheidung, dass in Deutschland grundsätzlich mit der Zeichenfolge "Fußball WM 2006" geworben werden darf. Möglich wären somit zum Beispiel auch "Fußball WM 2006 Laptops". Unabhängig vom Markenrecht gilt es jedoch auch wettbewerbsrechtliche Tatbestände im Blick zu halten. Ein Verstoß gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWB) kann beispielsweise dann gegeben sein, wenn ein Anbieter den Eindruck eines offiziellen Sponsors erweckt. Nach wie vor tabu ist das offizielle Logo der FIFA.

Risikoreich bleibt darüber hinaus die Verwendung des Schriftzugs "WM 2006" alleine, da zum einen noch eine Überprüfung durch das Bundespatentgericht hinsichtlich der Schutzfähigkeit einiger Waren und Dienstleistungen stattfindet, zum anderen die FIFA auf europäischer Ebene hier noch über eine EU-Marke (Anmeldenummer 002155521) verfügt; auch bezüglich der EU-Marke ist ein Löschungsverfahren anhängig.

10. Markennennung in Hyperlinks

Internet World Business 05-2006, Seite 10

Immer wieder Gegenstand von Auseinandersetzungen ist die Nennung fremder Marken in Links. Das LG Düsseldorf entschied nun, dass die Nennung einer Marke in einem Link jedenfalls dann zulässig sei, wenn dieser (nur) als Hinweis auf den verlinkten Markeninhaber verwendet wird (Az.: 34 O 51/05). Das Gericht verneinte eine markenmäßige Benutzung der Marke im Link eines Informationsportals, das Versicherungen vergleicht. "Eine solche markenmäßige Verwendung fehlt, soweit das Drittzeichen nicht als Herkunftshinweis eingesetzt wird, sondern nur rein dekorativ, redaktionell, vergleichend oder unter Bezugnahme auf fremde Waren benutzt wird", so die Richter. Keine Verletzung läge danach vor, "wenn die Kennzeichnung sich weder unmittelbar noch mittelbar auf das eigene Produktangebot des Verwenders bezieht, sondern die Marke lediglich zur

Benennung fremder Originalprodukte eingesetzt wird, also eine bloße Markennennung erfolgt".

Praxistipp:

Sie sollten den Sachverhalt dieser Entscheidung auf keinen Fall als Einladung zur vergleichenden Werbung durch Link zu einem Mitbewerber auffassen. Diese dürfte noch immer als risikoreich zu bewerten sein, da zusätzlich Aspekte des Wettbewerbsrechts von Bedeutung sein können.

11. Meta-Tag-Haftung auch für Affiliates

Internet World Business 02-2006, Seite 11

Das LG Köln verurteilte einen Online-Versandhändler als Mitstörer wegen der Verwendung markenrechtlich geschützter Zeichen durch einen Werbe- und Kooperationspartner (Az.: 31 O 8/05 – noch nicht rechtskräftig).

Geklagt hatte die Inhaberin der Marke gegen einen Versandhändler, weil dessen Affiliate zur Verbesserung seiner Trefferpositionierung die fremde Marke als Meta-Tag verwendete.

Zunächst schlossen sich die Richter der inzwischen herrschenden Meinung an, wonach die Verwendung fremder Marken als Meta-Tags eine Markenverletzung darstellt.

Das Gericht begründete darüber hinaus die mittelbare Haftung damit, dass durch ein "Delegieren der Werbung" man genauso hafte, als würde man einer Werbeagentur völlig freie Hand lassen. Das Gericht vertrat ferner die Ansicht, dass es der Beklagten zuzumuten sei, die im Affiliate-Vertrag bereits vorgeschriebene Wahrung von Markenrechten Dritter zu konkretisieren und zu überwachen.

Praxistipp:

Nach meiner Einschätzung bestehen Zweifel, ob das – noch nicht rechtskräftige – Urteil hinsichtlich dieser weiten Haftung Bestand haben wird, da demnach eine Haftung bereits ohne Kenntnis oder Anhaltspunkte für Verletzungshandlungen eintreten würde.

12. Vorsicht vor Eigentoren, MARKENRECHT: WERBUNG MIT DER WM 2006

Internet World Business, 12/05, Seite 12

Die Fußball-Weltmeisterschaft in Deutschland steht vor der Tür und Unternehmen fragen sich, ob und gegebenenfalls wie mit diesem Großereignis und dessen positiven Image auch für eigene Produkte und Online-Shops geworben werden darf.

So verfügt der Weltfußballverband (FIFA) im Zusammenhang mit der WM 2006 über eine Fülle von nationalen und internationalen Marken in nahezu sämtlichen Waren- und Dienstleistungsklassen und propagiert umfassende absolute Rechte. In zwei viel beachteten Beschlüssen des Bundespatentgerichts wurden indes jüngst eine Vielzahl von Waren und Dienstleistungen aus den Klassenverzeichnissen für die Marken „WM 2006“ und „Fußball WM 2006“ wegen fehlender Unterscheidungskraft in Bezug auf die Veranstaltung der WM gelöscht (Az. 32 W [pat] 237/04 und 238/04).

Dieser Beitrag zeigt die derzeitige markenrechtliche Situation auf, gibt Ratschläge für eine Benutzung und weist auf Risiken hin.

Die bekannteste Marke für die WM 2006 ist das Logo der FIFA, mit dem offizielle Partner ihre Produkte schmücken dürfen. Da insoweit durch die grafische Gestaltung ein zusätzlicher eigenständiger Schutz erreicht wird, darf dieses Logo bereits aus Gründen des Urheberrechts keinesfalls ohne Einwilligung der FIFA verwendet werden. Erfolgt dies dennoch, ist neben Ansprüchen auf Unterlassung und Auskunft mit ganz erheblichen Schadensersatzansprüchen zu rechnen, verbunden mit der Möglichkeit der Gewinnabschöpfung oder einer Entschädigungslizenz, die sich der Höhe nach an den für die offiziellen Partner vergebenen Lizenzen orientieren dürfte.

Anders dagegen liegt es bei den reinen Wortmarken „WM 2006“ und „Fußball WM 2006“, die Gegenstand des Löschungsverfahrens durch das BPatG waren. Nach der Löschung der einzelnen Waren und Dienstleistungen gilt für diese deutschen Marken einstweilen, dass mit der Zeichenfolge „WM 2006“ tendenziell Produkte gekennzeichnet werden dürfen, die in den Klassenverzeichnissen durch das Bundespatentgericht gelöscht wurden.

Zu berücksichtigen hierbei sind indes zwei Aspekte. Zum einen verfügt die FIFA über gleich lautende EU-und IR-Marken, auf welche die Löschungsentscheidung zunächst keinen Einfluss hat, mit der Folge, dass zumindest die Möglichkeit einer Inanspruchnahme aus einem internationalen Registerrecht besteht.

Zum anderen hat die FIFA gegen die Löschung der Marken Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof eingelegt, so dass die Löschungsentscheidung noch nicht rechtskräftig ist. Mit einer abschließenden Entscheidung kann voraussichtlich noch vor Beginn der WM gerechnet werden.

Vertraut nun ein Unternehmen auf die Löschung der Marken, besteht das Risiko, dass im Falle der Aufhebung des Löschungsbeschlusses durch den BGH die FIFA wiederum über umfassende Schutzrechte auch in den zuvor gelöschten Klassen verfügt, so dass auch hier die Gefahr einer Inanspruchnahme bestünde.

Vereinfacht gesagt besteht ein markenrechtlicher Anspruch immer dann, wenn aufgrund der Verwendung einer Marke im ähnlichen Produktbereich Verwechslungsgefahr besteht. Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr können sich die Faktoren Zeichen- und Produktähnlichkeit sowie Kennzeichnungskraft der älteren Marke wechselseitig kompensieren. Wird indes ein mit einer im Inland bekannten Marke ähnliches Zeichen verwendet, kann bereits eine Benutzung in irgendeinem Produktsegment Ansprüche auslösen. Durch Bekanntheit kann nicht nur das Erfordernis der Verwechslungsgefahr, sondern auch eine fehlende oder von Hause aus geringe Kennzeichnungskraft überwunden werden.

In diesem Sinne hat das Oberlandesgericht Hamburg jüngst unabhängig von der Registerlage entschieden, dass der FIFA für die Bezeichnung „WM 2006“ Schutz als Geschäftsbezeichnung (§ 5 Abs. 2 MarkenG) zustehe, so dass auch hieraus Kennzeichenrechte hergeleitet werden können. Die fehlende Unterscheidungskraft der Bezeichnung „WM 2006“ für die Fußball-Weltmeisterschaft 2006 sah das OLG durch Verkehrsdurchsetzung mit einem hohen Bekanntheitsgrad als überwunden an, so dass aus dieser Geschäftsbezeichnung ein Unterlassungsanspruch hinsichtlich der Verwendung der Bezeichnung „WM 2006“ für die Dienstleistungen „Werbung, Geschäftsführung, Unterhaltung, sportliche und kulturelle Aktivitäten und Telekommunikation“ bestehe (OLG Hamburg, Az. 3 W 14/05). In die gleiche Kerbe schlug der 5. Zivilsenat des OLG Hamburg bereits zuvor, der die Verwendung der Bezeichnung „WM Germany 2006“ auf Gedenkmünzen zur Benennung eines konkreten Produktes für unzulässig erachtete. Das Gericht wies gleichzeitig aber daraufhin, dass es gestattet sein muss, ein Produkt „aus Anlass“ dieses Ereignisses mit einem entsprechenden Hinweis herauszugeben (OLG Hamburg, Az. 5 U 121/03).

Zusammenfassend ist daher an dieser Stelle herauszustreichen, dass die Verwendung der Zeichenfolge „WM 2006“ untersagt ist, soweit in Deutschland Markenschutz für nicht gelöschte Waren und Dienstleistungen besteht, ansonsten auch für gelöschte Bereiche aus internationalen Marken, wie auch aus der Annahme einer geschäftlichen Bezeichnung das Risiko einer Inanspruchnahme droht.

Voraussetzung ist die Verwendung des Kennzeichens im geschäftlichen Verkehr zur Kennzeichnung eines Produkts, d. h. dass die Handlung der Förderung eines eigenen oder fremden Geschäftszwecks dient (BGH GRUR 1987, 438), die Verwendung der Marke nicht nur rein beschreibend erfolgt (OLG Hamburg, a. a. O.) und somit die Herkunftsgarantie nicht beeinträchtigt wird (EuGH WRP 2002, 1415 - Arsenal). Diese Voraussetzungen sind etwa im Falle redaktioneller Berichterstattung nicht gegeben.

In einer Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofes „Euro 2000“ hatte dieser die Verwendung der Zeichenfolge „Euro 2000“ für Fußbälle als zulässig erachtet, da der Aufdruck auf dem Fußball nicht als betrieblicher Herkunftshinweis, sondern lediglich als Sachhinweis zu verstehen sei und wegen absoluter Schutzhindernisse durch schutzunfähige Bestandteile eine Verwechslungsgefahr nicht begründet sein könne (BGH, Az. I ZR 130/01).

Somit ist festzuhalten, dass die FIFA selbstverständlich eine Verwendung der Zeichenfolge „WM 2006“ nicht schlechthin untersagen kann, da hiermit gleichzeitig beschreibend ein gemeinhin bekanntes Ereignis bezeichnet wird.

In der Werbung darf daher WM 2006 dann verwendet werden, wenn es sich um eine rein beschreibende Bezeichnung handelt oder ein Hinweis erfolgt, dass ein Produkt aus Anlass dieses Ereignisses vertrieben wird. Dabei sollte in jedem Falle auf den Zusatz „FIFA“ verzichtet werden, da unabhängig von der markenrechtlichen Wertung es auch zu einer Inanspruchnahme wegen des Tatbestands der irreführenden Werbung (§ 5 UWG) kommen kann.

Konkret könnte ein Online-Shop beispielsweise damit werben, dass Sportartikel während der WM 2006 verbilligt angeboten werden, wobei zusätzlich sonstige Grundsätze des Werberechts zu beachten sind.

Ein anderes Beispiel wäre die beschreibende Verwendung, bei der lediglich ein Sachhinweis auf die Veranstaltung erfolgt. Zulässig dürfte insoweit auch der Hinweis eines Elektronik-Shops für TV-Geräte sein: „Damit Sie die WM 2006 richtig sehen können".

Zusätzlich kann eine Assoziation mit der WM auch dadurch verstärkt werden, dass sich Werbemaßnahmen an die Sportart Fußball anlehnen (Fußball, Tor, Spielfeld).

Kritisch dagegen wird es, wenn „wm2006" im Rahmen einer Domain verwendet wird. Da die FIFA den offiziellen Sponsoren erhebliche Zahlungen abverlangt hat, steht sie auch in der Pflicht, möglichst umfangreich Kennzeichenschutz durchzusetzen. Folgerichtig sollte daher jede Werbemaßnahme vorab auf deren Zulässigkeit beziehungsweise Risiken überprüft werden, um Schadensersatzzahlungen zu vermeiden.

13. Sind Markennamen als Keywords zulässig?

Internet World Business, 11/05, Seite 10

Das Oberlandesgericht Dresden bestätigte jüngst im Berufungsrechtszug ein Urteil des Landgerichts Leipzig, wonach die Benutzung eines Markennamens als Keyword (Google-AdWord) keine Markenverletzung darstelle (Az.: 14 U 0498/05).

Urteilsanalyse

Konkret ging es um die Benutzung der Zeichenfolge „Plakat24", die zu Gunsten der Klägerin als Wort- und Wort-/Bildmarke geschützt ist. Die Beklagte verwendete in den nicht sichtbaren Google-AdWords „Plakat 24 Stunden Lieferung".

Die erste Instanz, das Landgericht Leipzig, stellte im Wesentlichen darauf ab, dass AdWords nicht sichtbar seien, sondern nur Kenntnis seitens des Beauftragenden und Google bestünde.

Das bestätigende Berufungsurteil des OLG Dresden schlägt im Ergebnis in dieselbe Kerbe wie die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf, das ebenfalls eine Markenverletzung bei der Verwendung von Meta-Tags verneinte. Zu berücksichtigen ist indes, dass beispielsweise das Oberlandesgericht Köln, vor allem aber die Oberlandesgerichte München und Karlsruhe bei einer Verwendung fremder Marken als Meta-Tags eine Rechtsverletzung annehmen. In Fortführung dieser Entscheidungspraxis könnten diese Gerichte daher eine Rechtsverletzung auch in der Fallkonstellation der Verwendung geschützter Kennzeichen Dritter als AdWords annehmen.

Praxistipp

Nach diesseitiger Rechtsauffassung ist nach wie vor Vorsicht bei der Nutzung fremder Kennzeichen, insbesondere Registermarken, als Meta-Tags oder AdWords geboten, da zum einen sich der vermeintlich Verletzte bei Internetstreitigkeiten örtlich das Gericht aufgrund der deutschlandweiten Abrufbarkeit aussuchen kann und somit

auch eine Anrufung der Landgerichte in München oder Köln denkbar ist. Zum anderen besteht bis zur abschließenden Klärung der Fragestellung nicht sichtbarer Kennzeichen - sei es als Meta-Tags, sei es als AdWords - erhebliche Rechtsunsicherheit, bis der Bundesgerichtshof diese Grundsatzfrage abschließend entschieden hat.

VI. Urheberrecht

1. Sicherung des Auskunftsanspruchs gegen Provider

Internet World Business 23-2008, Seite 10

Das OLG Köln bestätigte in einem Verfahren nach Paragraf 101 Absatz 9 UrhG einen Antrag, der die einstweilige Löschung von IP-Daten untersagte (Az.: 6 Wx 2/08). Zwar stelle in einem solchen Auskunftsverfahren, das im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes eingeleitet werden kann, die Erteilung der Auskunft eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache dar. Doch dem Rechteinhaber sei bis zur Hauptsacheentscheidung über die Herausgabe der Daten mit deren Sicherung gedient. Im konkreten Fall wurde ein ganzes Musikalbum unmittelbar nach Veröffentlichung über ein Filesharing-Netzwerk angeboten. Daraus schlossen die Richter nicht nur auf eine offensichtliche Rechtsverletzung, sondern bejahten aufgrund der Aktualität des Albums und der damit verbundenen Intensität der Rechtsverletzung auch das gewerbliche Ausmaß. Dieses Tatbestandsmerkmal setzt sich, anders als der Begriff einer "gewerblichen Tätigkeit", aus den qualitativen und quantitativen Elementen der Rechtsverletzung zusammen.

Praxistipp:

Diese Entscheidung ist eine der ersten ihrer Art. Für Provider ist damit zu erwarten, dass Auskunftsansprüche häufiger verfolgt werden; für Filesharer wächst das Risiko einer Identifizierung erheblich.

2. Vorsicht bei fremden Bildern

Internet World Business 17-2008, Seite 10

Welche Konsequenzen die widerrechtliche Verwendung von Fotos haben kann

Wer auf seiner Website Bilder zur Illustration oder Dekoration verwenden möchte, muss die Rechte mehrerer Personenkreise beachten. Fotografien sind urheberrechtlich als Lichtbildwerke, also Fotografien mit einer geistig-schöpferischen Leistung, oder als einfache Fotografien geschützt; letztere unterliegen dem Leistungsschutz. Möchte ein Anbieter ein Bild auf seiner Website nutzen, bedarf es folglich der vorherigen Einräumung bestimmter Nutzungsrechte durch den Rechteinhaber, insbesondere des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a Urhebergesetz).

Sind auf dem Foto Menschen abgebildet, müssen deren Rechte berücksichtigt werden. Bei einem Bild, das ein Fotomodell zeigt, muss also nicht nur das

Urheberrecht des Fotografen beachtet werden, sondern auch das Recht des Modells am eigenen Bild.

Kein gutgläubiger Erwerb

Zu berücksichtigen in diesem Zusammenhang ist ferner, dass es im deutschen Urheberrecht keinen gutgläubigen Erwerb von Nutzungsrechten gibt. Wenn man also von einer Person die Nutzungsrechte erwirbt, die sie selbst nicht besitzt, erhält auch der Erwerber keine Rechte. Vereinfacht dargestellt muss derjenige, der Werke nutzt, im Zweifel die vollständige Lizenzkette nachweisen, aus der er sein Recht ableitet.

Dazu ein Beispiel: Ein Kunde beauftragt eine Werbeagentur, eine Unternehmensdarstellung für das Internet zu erstellen. Problematisch wird es, wenn die Werbeagentur auf einmal zum Beispiel durch Insolvenz nicht mehr besteht und sich danach herausstellt, dass die nicht mehr existierende Werbeagentur keine Rechte besaß, die sie hätte einräumen können. Dann können nach vorigem Beispiel sowohl Fotomodell als auch Fotograf unmittelbar vom Kunden der (ehemaligen) Werbeagentur Unterlassung, Auskunft über den Umfang der Verwendung und letztlich Schadenersatz beanspruchen.

Hierbei unterscheidet das Urheberrecht nicht, ob die Verwendung auf einer Privatseite oder gewerblich erfolgt; dieser Aspekt kann höchstens für die Schadenshöhe relevant sein. Die dann verlangten Beträge sind in der Regel drei- nicht selten vierstellig.

Den Schaden kann der Verletzte auf dreierlei Weise berechnen: Entweder er verlangt den entgangenen Gewinn, er berechnet den für ihn entstandenen konkreten Schaden oder er macht eine Entschädigungslizenz geltend. Hierbei kann eine übliche Vergütung als angemessene Lizenzgebühr beansprucht werden (OLG Düsseldorf, Az.: I-20 U 138/05), sodass der im gewerblichen Bereich regelmäßig anfallende Lizenzpreis für die Nutzung eines solchen Bildes zugrundezulegen ist. Hier geht es teilweise um Beträge von 500 Euro pro Jahr. Nutzt ein Anbieter fünf Bilder über drei Jahre, kommen auf ihn leicht Forderungen in Höhe von 7.500 Euro zu.

Praxistipp:

Jeder, der Bilder nutzt – auch wenn diese den Eindruck der freien Nutzung vermitteln –, sollte sich dezidiert über die Nutzungsrechtelage informieren und im Zweifel vor Verwendung sich die Rechte vom jeweiligen Nutzungsrechteinhaber einräumen lassen. Der sicherste Weg ist es natürlich, die Bilder selbst zu erstellen. Beauftragt ein Kunde eine Werbeagentur mit der Erstellung einer Unternehmenspräsenz, die fremde Fotografien enthält, sollte er sich die Lizenzkette nachweisen lassen, um später nicht doppelt zu bezahlen. Auch sollte jedem Website-Betreiber bewusst sein, dass professionelle Bildanbieter ihre Bilder mit einem (nicht sichtbaren) digitalen Wasserzeichen schützen und in der Lage sind, nicht berechtigte Nutzungen im Netz leicht aufzuspüren.

3. Privatkopie oder nicht?

Internet World Business 20-2006, Seite 10

Das OLG Köln klärt, wann virtuelle Videorekorder im Web zulässig sind

Das Geschäftsmodell klingt spannend, die Technik dahinter wirkt kühn: Verschiedene Unternehmen im Netz bieten sogenannte "Personal Video Recorder" (PVR) an. Sie arbeiten im Prinzip wie ein Videorekorder zu Hause im TV-Rack: Der Nutzer gibt ein, welche Sendung auf welchem Kanal er sehen möchte und kurze Zeit nach der Ausstrahlung kann er das gewünschte Programm auf seinem PC als Video-Stream anschauen. Einen angenehmen Nebeneffekt hat die Sache auch: Lästige Werbeblöcke lassen sich elegant überspringen.

Man kann davon ausgehen, dass es vor allem diese Möglichkeit ist, die den privaten, auf Werbeeeinahmen angewiesenen TV-Sendern ein Dorn im Auge ist. In der Vergangenheit hatten beispielsweise Anbieter von Decodern, die Werbeblöcke erkennen, heftigen juristischen Gegenwind von den TV-Stationen zu spüren bekommen.

Jetzt hatte das OLG Köln zu entscheiden, ob ein Anbieter, der es Nutzern ermöglicht, in Deutschland ausgestrahlte Sendungen auf dem Server des Anbieters mit einem PVR individuell zu speichern, Urheberrechte eines TV-Senders verletzt. Die Richter des 6. Zivilsenats befanden, dass ein solches Angebot, soweit es gegen Entgelt zur Verfügung gestellt wird, die geschützten Rechte der Antragstellerin als Sendeunternehmen verletzt. Soweit indes die Übermittlung unentgeltlich erfolge, sei dies vom Recht der Privatkopie nach § 53 Urhebergesetz gedeckt (Az.: 6 U 90/05).

Urteilsanalyse

Zunächst stand im Streit, ob es sich überhaupt um eine Verletzung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung im Sinne des § 19a UrhG handelt. Das Gericht bejahte dies, da sich der Anbieter mit dem Angebot an die "Öffentlichkeit" wende und die gespeicherten Sendungen Kunden an "Orten ihrer Wahl" – das heißt deren PC – "zu Zeiten ihrer Wahl" zugänglich mache. Durch diesen interaktiven Abruf sei das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung tangiert. Zudem sahen die Richter das Vervielfältigungsrecht des Senders als verwirklicht an.

In einem weiteren Schritt prüfte das OLG die Frage der Zulässigkeit als Privatkopie, da es sich um die auftragsgemäße Übermittlung einer im Sinne des § 53 UrhG rechtmäßig hergestellten Kopie handle. Die Richter stellten dazu fest, dass das Herstellen einer Kopie durch einen Dritten jedenfalls nach Maßgabe von § 53 Abs. 1 S. 2 UrhG dann zulässig sei, wenn dies unentgeltlich erfolge. Soweit dagegen eine solche Vervielfältigung gegen Entgelt angeboten wird, greife nicht mehr das Privileg der Privatkopie, da der Dritte dann als entgeltlicher Hersteller die Schutzrechte des Sendeunternehmens verletze.

Der Preis ist der Knackpunkt

Bei oberflächlicher Betrachtung lässt sich argumentieren, dass es keinen Unterschied machen könne, ob der Nutzer eine Sendung unmittelbar auf seinem eigenen PC als Privatkopie aufzeichnet oder er sich diesbezüglich im Rahmen eines "persönlichen Outsourcing" der Systeme eines Dritten bedient. Zu berücksichtigen ist, dass das Urheberrecht sehr formelle Tatbestände für verschiedene Fallkonstellationen aufweist, sodass jeder, der sich – in welcher Form auch immer – für seine Leistung Werke Dritter bedienen möchte, ganz genau die rechtliche Situation prüfen sollte.

Aus dem Urteil folgt selbstverständlich auch, dass die Nutzung von Fernseh- und Rundfunkinhalten im Internet durch Abruf grundsätzlich in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung der Sendeunternehmen und das Vervielfältigungsrecht eingreift und somit grundsätzlich immer einer Einwilligung, das bedeutet einer vorherigen Zustimmung, bedarf. Ansonsten bestehen nicht nur Ansprüche auf Unterlassung, sondern auch auf Schadenersatz.

Praxistipp

Für die Praxis sollte aus dem Urteil des OLG Köln mitgenommen werden, dass jeder Unternehmer, der neue und innovative Geschäftsmodelle verwirklichen möchte, sich zuvor über die rechtliche Situation informieren sollte. Außerdem muss er sich darüber im Klaren sein, dass damit gewisse Risiken verbunden sein können, solange eine entsprechende höchstrichterliche Rechtsprechung fehlt.

4. Werbetexte urheberrechtlich geschützt

<u>Internet World Business, 17/06, Seite 8</u>

Das LG Berlin hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Texte einer Internetagentur, mit denen sie ihre Dienstleistungen bewarb, schutzfähig sind. Die Richter verurteilten einen Mitbewerber, der diese Werbetexte nahezu unverändert übernommen hatte, wegen Urheberrechtsverletzung auf Schadensersatz (Az.: 16 O 543/05).

Das Gericht stellte klar, dass für Texte nach den Grundsätzen der so genannten "kleinen Münze" bereits ein geringes Maß an Individualität für eine Schutzfähigkeit ausreicht. Demgemäß ist jede individuelle schöpferische Tätigkeit geschützt, die das Werk aus der Masse des Alltäglichen abhebt und von einer lediglich handwerklichen und routinemäßigen Leistung unterscheidet.

Im konkreten Fall wurde die Verurteilung insbesondere damit begründet, dass die "knappe, fast stichwortartige aber gleichwohl vollständige Übersicht über das angebotene Leistungsspektrum, die gerade in ihrer Kürze und Klarheit individuelle Schöpfungshöhe erkennen" lasse. Auch führe die bei einzelnen Sätzen umgestellte Wortwahl nicht aus dem Verletzungsbereich hinaus.

Praxistipp:

Die Entscheidung verdeutlicht, dass auch kurze Texte, die wegen ihrer prägnanten Ausprägung geschützt sein können und damit nicht kopiert werden dürfen.

5. Abmahnfalle Stadtplan

Internet World Business, 03/06, Seite 11

BGH-Urteil: Die meisten Landkarten im Netz sind urheberrechtlich geschützt

Der Bundesgerichtshof hat in einem Urteil entschieden, dass selbst die in einem digitalen Datenbestand verkörperte Vorstufe für einen Stadtplan ein urheberrechtlich schutzfähiges Werk darstellen kann. Kartographische Gestaltungen könnten selbst dann, wenn sie in der Gesamtkonzeption (insbesondere bei der Gestaltung des Kartenbildes) keine schöpferischen Züge aufweisen (wie zum Beispiel bei der Erarbeitung eines einzelnen topographischen Kartenblatts nach einem vorbekannten Muster), urheberrechtlich schutzfähig sein (Az.: I ZR 227/02).

Urteilsanalyse

Der für Urhebersachen zuständige erste Zivilsenat hat damit entschieden, dass die Anforderungen an die schöpferische Eigentümlichkeit bei kartographischen Gestaltungen gering sind. Auch bei einer Bindung an vorgegebene Zeichenschlüssel und Musterblätter könne dem Entwurfsbearbeiter oder Kartographen (etwa bei der Generalisierung und Verdrängung) ein für die Erreichung des Urheberrechtsschutzes genügend großer Spielraum für individuelle kartographische Leistungen bleiben. Allerdings folge aus einem geringen Maß an Eigentümlichkeit auch ein entsprechend enger Schutzumfang für das betreffende Werk (vgl. hierzu bereits BGH GRUR 1988, 33, 35).

Praxistipp:

Für internetspezifische Streitigkeiten darf die Übernahme von Stadtplänen zur Anfahrtsbeschreibung auf eine Unternehmens-Homepage fast schon als "Klassiker" eingeordnet werden. Häufig infolge Unkenntnis werden entweder von kommerziellen Kartenanbietern Online-Ausschnitte per "Copy&Paste" in die eigene Homepage eingefügt oder gedruckte Stadtpläne eingescannt und mit dem Standort versehen. Oft sprechen die Kopierer dem entnommenen Kartenausschnitt die urheberechtliche Schutzfähigkeit ab. Diesem Argument dürfte mit dem BGH-Spruch weitgehend der Boden entzogen worden sein.

Doch selbst wenn eine Urheberrechtsverletzung vorliegt und ein Schadenersatzanspruch dem Grunde nach gegeben ist, bleibt zu beachten, dass die zu zahlende Nutzungsentschädigung immer im Verhältnis zur tatsächlichen Nutzung, also der Anzahl der Seitenabrufe, stehen muss und daher Forderungen von mehreren tausend Euro als Entschädigungslizenz nicht selten überhöht sind (vgl. AG Charlottenburg, Az.: 236 C 282/04 – aufgehoben durch LG Berlin 12/2005 – Entscheidung noch nicht veröffentlicht). Etwaige im Internet bereitgestellte Lizenzverträge des Kartenanbieters stellten zumindest nach Ansicht des Amtsgerichts Charlottenburg keine Grundlage für die Berechnung des Schadenersatzes im Wege der Lizenzanalogie dar, wenn nicht gleichzeitig dargelegt und bewiesen werde, dass Lizenzverträge tatsächlich auf dieser Grundlage

bestehen. Man sollte also bei entsprechenden Abmahnungen unbedingt juristischen Rat einholen.

Für eine rechtlich unbedenkliche Anfahrtsbeschreibung auf der Homepage bleibt somit nur die Möglichkeit, eine Lizenz zu erwerben oder die Karte selbst zu zeichnen. Da indes auch die verkörperte Vorstufe geschützt ist, dürfte auch eine Verfremdung mittels der üblichen Grafik-Tools, soweit geschützte Teile des Originals beibehalten werden, regelmäßig eine Urheberverletzung nicht beseitigen.

6. Riskant:Thumbnails in Suchmaschinen

Internet World, 08/05, Seite 21

Wie viel fremder Inhalt darf in Trefferlisten von Suchmaschinen enthalten sein? Die Frage ist heikel, wie aktuelle Urteile zeigen. Das Amtsgericht Bielefeld wies die Klage eines Fotografen auf Schadensersatz wegen der Nutzung seiner Bilder in der verkleinerten Form von so genannten „Thumbnails“ in den Suchergebnissen einer Bildsuchmaschine ab. In der Urteilsbegründung stellte das Gericht fest, die Nutzung der zwischengespeicherten Bilder im Suchmaschinenindex unterläge der Privilegierung des § 10 Teledienstegesetz (TDG) (Az.: 5 U 194/03).

Urteilsanalyse

Für das Gericht war entscheidend, dass die Bildsuchmaschine zur schnelleren Wiedergabe der Suchergebnisse zwar Bildmaterial speichere und damit zum Abruf bereitstelle, dies aber nur zeitlich begrenzt. Bei der nächsten Indizierung werden die Datensätze komplett erneuert. Daher läge, so das Gericht, lediglich eine Zwischenspeicherung zur beschleunigten Übermittlung von Informationen vor, sodass eine Verantwortlichkeit ausscheide. Auch wenn die Entscheidung an sich zu begrüßen ist, bleibt die Richtigkeit der Argumentation fraglich, da § 10 Teledienstegesetz (TDG) primär nur die Verantwortlichkeit von Providern für Kopien auf Proxy-Caches entfallen lässt. Im konkreten Fall handelt es sich jedoch um ein eigenes Angebot. Zu dem entgegengesetzten Ergebnis kam entsprechend auch das Landgericht Hamburg, das dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung einer deutschen Nachrichtenagentur gegen einen internationalen Suchmaschinenbetreiber wegen der Verwendung von Fotos und Grafiken in Form von „Thumbnails" im Rahmen ihrer Suchergebnisse stattgegeben hat. Die Kammer kam hier zu der Feststellung, dass eine freie Benutzung im Sinne des Urheberrechts nicht vorläge und der Tatbestand der unberechtigten Vervielfältigung – heute „öffentliche Zugänglichmachung" (§ 19a UrhG) – erfüllt sei (Az.: 308 O 449/03).

Praxistipp:

Herauszuheben ist, dass beide Urteile nur für die Fallkonstellation automatisierter Suchergebnisse von Suchmaschinenbetreibern gelten. Dies bedeutet, dass einzig im Hinblick auf die Automatisierung und die vorläufige Zwischenspeicherung überhaupt die Frage der Rechtmäßigkeit bis zur höchstrichterlichen Klärung oder bis zu einer Gesetzesänderung im Streit stehen kann. Werden hingegen zum Beispiel Screenshots von Homepages, Fotografien oder Grafiken als „Thumbnails" von Hand, also nicht automatisiert, in eine Website eingebunden, entfällt bereits per se die Diskussion einer Privilegierung nach § 10 TDG. Folglich dürfte bei Anlegung urheberrechtlicher Maßstäbe – die Schutzfähigkeit unterstellt – regel mäßig eine Rechtsverletzung vorliegen. Ausgenommen Fälle, in denen der Rechteinhaber für die Nutzung ausdrücklich seine Einwilligung erteilt, oder in denen besondere Ausnahmetatbestände vorliegen.

VII. Geschäftliche E-Mails

1. Pflichtangaben in geschäftlichen E-Mails

Internet World Business 18-2007, Seite 10

Seit Einführung des Gesetzes über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) sind Gewerbetreibende zur Nennung bestimmter Angaben in Handelsbriefen verpflichtet – dazu gehören auch geschäftliche E-Mails. Ungeklärt ist derzeit die Frage, ob das Fehlen solcher Angaben in einer geschäftlichen E-Mail einen Wettbewerbsverstoß darstellt, der abgemahnt werden kann.

Für den "Offline-Bereich" entschied nun das OLG Brandenburg (Az.: 6 U 12/07), dass bei einem Gewerbetreibenden, der den Firmennamen sowie die Anschrift und Telefonnummer angegeben hat, das Fehlen des Inhabers mit Vor- und Zunamen keinen Wettbewerbsverstoß darstellt, da der Inhaber der Firma dadurch keinen Wettbewerbsvorteil erlangt habe. Überträgt man diese Entscheidung auf den Onlinebereich, dürfte das Fehlen beispielsweise der Handelsregister- oder Umsatzsteueridentifkationsnummer in geschäftlichen E-Mails ebenfalls keinen Wettbewerbsverstoß darstellen. Es bleibt indes abzuwarten, ob das Fehlen von Pflichtangaben in E-Mails generell als Wettbewerbsverletzung eingestuft wird.

Praxistipp:

Um nicht selbst zur gerichtlichen Klärung beizutragen, sollte jeder Gewerbetreibende bis auf Weiteres die erforderlichen Angaben im E-Mail-Footer aufführen.

2. Pflichtangaben für E-Mails

Internet World Business, 03/07, S. 27

Neue Regelung schreibt Angaben für geschäftliche Mails vor / Viele Unternehmen unterschätzen die Pflichten

Von der Öffentlichkeit weitgehend unbemerkt sind zu Jahresbeginn Pflichtangaben für geschäftliche E-Mails eingeführt worden. Seit 1. Januar 2007 müssen alle elektronischen Nachrichten, die von Kaufleuten versandt werden, den Firmennamen, die Rechtsform, den Sitz der Gesellschaft und das Registergericht enthalten (siehe Kasten). Beobachter befürchten, dass die bislang kaum beachtete Vorschrift eine neue Abmahnwelle nach sich zieht, wie es schon bei Einführung der Impressumpflicht der Fall war. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn durch den Verstoß ein Wettbewerbsvorteil entsteht.

Von der Regelung sind alle geschäftlichen Nachrichten betroffen und sie gilt für alle deutschen Kaufleute und deren Angestellte. Die Spanne reicht also vom Einzelkaufmann bis zur Aktiengesellschaft. Ausdrücklich eingeschlossen sind auch automatisch generierte Systemnachrichten wie eine Bestell-, Anmelde- oder Newsletter-Bestätigung.

Anforderung an die E-Mails

Die Neuregelung wurde beinahe beiläufig in das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) hineingeschrieben. Kern des Gesetzes ist zunächst die Einführung eines elektronischen Unternehmensregisters (www.unternehmensregister.de), das Gesetz enthält auch eine Klarstellung der Pflichtangaben in Geschäftsbriefen, auch solcher in elektronischer Form.

Klargestellt wurde damit ausdrücklich, dass Kaufleute, GmbHs und Aktiengesellschaften die für Geschäftsbriefe erforderlichen Angaben "gleichviel welcher Form" angeben müssen. Dies bedeutet in der Praxis, dass bei E-Mails beispielsweise einer Aktiengesellschaft insbesondere die Rechtsform und der Sitz der Gesellschaft, das Registergericht des Sitzes der Gesellschaft und die Nummer,

unter der die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist sowie alle Vorstandsmitglieder und der Vorsitzende des Aufsichtsrats mit dem Familiennamen und mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen angegeben werden müssen. Gleiches gilt sinngemäß für Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Kaufleute.

Es dürfte zu erwarten sein, dass aufgrund dieser gesetzgeberischen Klarstellung versucht werden wird, diese als wettbewerbsrelevante Normen, wie beispielsweise die Pflicht zur Anbieterkennzeichnung auf der Homepage, einzuordnen. Daher dürften hier wiederum Abmahnungen zu erwarten sein, wenn eine nicht gesetzeskonforme Verwendung erfolgt.

E-Mail-Archivierung

Werden E-Mails in der geschäftlichen Kommunikation verwendet, muss darüber hinaus berücksichtigt werden, dass diese Geschäftsbriefe steuerrelevante Daten enthalten können. Auch diese Pflicht wird von vielen Unternehmen vernachlässigt. Da bereits seit 2002 die elektronische Prüfung durch die Finanzbehörden durch die "Grundsätze zum Datenzugriff und zur Prüfung digitaler Unterlagen" (GDPdU) geregelt ist, hat der Steuerprüfer die Möglichkeit, die Steuerprüfung auch auf E-Mails zu erstrecken, die daher mindestens sechs Jahre aufzubewahren sind. Wenn es sich um Unterlagen für die Buchhaltung handelt, verlängert sich die Spanne sogar auf zehn Jahre.

In der betrieblichen Praxis wird außerdem gerne vergessen, dass die Datenhaltung auf eine Weise zu erfolgen hat, die eine Prüfung in "maschinell auswertbarer Form" ermöglicht. Mit Blick auf den Aufbewahrungszeitraum gilt hier, dass nicht nur E-Mails aus dem Produktivbetrieb einsehbar sein müssen, sondern gleiches für archivierte E-Mails inklusive des steuerrelevanten Anhangs gilt.

Angesichts der ersten bereits ergangenen finanzgerichtlichen Entscheidungen ist ein Steuerpflichtiger gut beraten, sich frühzeitig mit einer Strategie zur E-Mail-Archivierung auseinanderzusetzen. Wenngleich sich derzeit die elektronische Steuerprüfung im Wesentlichen zunächst auf Finanz-, Anlagen-, Umsatzsteuer- und Lohnbuchhaltung erstreckt, ist davon auszugehen, dass in Zukunft vermehrt auch eine entsprechende Prüfung steuerrelevanter E-Mails erfolgen wird. Erfüllt der Steuerpflichtige nicht die Anforderungen, drohen ihm Bußgelder, Zwangsmittel oder sogar eine Schätzung der Besteuerungsgrundlage.

Berücksichtigt man dabei, dass die elektronische Steuerprüfung seit Anfang 2002

durchgesetzt werden kann und eine Aufbewahrungspflicht für Geschäftsbriefe von sechs Jahren beziehungsweise zehn Jahren für Belege gilt, besteht die naheliegende Gefahr, in den relevanten Prüfungszeiträumen tatsächlich auch geprüft zu werden. Nach Angaben des bayerischen Finanzministeriums werden derzeit bereits zwei Drittel aller Betriebsprüfungen per Datenzugriff durchgeführt.

Verantwortlichkeit

Insbesondere die verantwortlichen Geschäftsführer oder Vorstände haben sich um eine entsprechende Einhaltung rechtlicher Anforderungen zu kümmern, da

ansonsten sogar das Risiko einer persönlichen Inanspruchnahme besteht. Darüber hinaus haben sie durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, "damit für den Fortbestand der Gesellschaft gefährliche Entwicklungen früh erkannt werden" (§ 91 Abs. 2 AktG, was sinngemäß auch für größere GmbHs gilt). Dies bedeutet für die Praxis, dass Geschäftsführer und Vorstände durch Risikomanagement sicherzustellen haben, dass ihre IT-Systeme sicher sind und die gesetzlichen Anforderungen erfüllen. Dazu gehört somit auch, dass E-Mails – zum Beispiel als Beweismittel – wieder auffindbar und während des Aufbewahrungszeitraums maschinell auswertbar sind.

3. Veröffentlichung fremder E-Mails rechtswidrig

Internet World Business 20-2006 , Seite 10

Das Landgericht Köln verurteilte einen Homepage-Betreiber wegen der Veröffentlichung einer vertraulichen E-Mail auf seiner Homepage auf Unterlassung und Schadenersatz (Az.: 28 O 178/06). Der Mann hatte über die Geschäftspraktiken einer Aktiengesellschaft, deren Aktionär er war, aufklären wollen und dazu neben anderen Informationsmaterialien den Inhalt zweier E-Mails aus der Geschäftsleitung auf seine Website gestellt.

Die Kölner Richter verglichen eine an eine bestimmte Person gerichtete E-Mail mit einem verschlossenen Brief, der "durch das Absenden (É) nicht aus der Geheimsphäre entlassen wird".

Im Rahmen der vorzunehmenden Güterabwägung zwischen dem Informationsinteresse der Allgemeinheit und dem Geheimhaltungsinteresse des Versenders erkannte die Kammer, dass die Veröffentlichung von "vertraulichen geschäftlichen E-Mails einen schwerwiegenden Eingriff in das Persönlichkeitsrecht" darstelle.

Praxistipp:

Wie die Veröffentlichung von papierenen Briefen ist somit auch die Veröffentlichung privater oder geschäftlicher E-Mails, die sich an einen bestimmten Personenkreis richten, regelmäßig rechtswidrig, sodass von solchen "Aufklärungsmaßnahmen" in jedem Falle dringend abzuraten ist.

VIII. Digitale Steuerprüfung

1. Fit für die digitale Prüfung

Internet World Business, 10/06, Seite 32

Die Finanzämter führen vermehrt digitale Steuerprüfungen durch / Nur wenige Unternehmen sind vorbereitet

Mut zur Lücke beweisen viele Unternehmen, wenn es um die Pflichten für die digitale Steuerprüfung geht. Die Praxis zeigt, dass in vielen mittelständischen Betrieben die Thematik zwar bekannt ist, es aber nach wie vor an der praktischen Umsetzung fehlt. Dabei handelt es sich um ein riskantes Spiel, wie erste Urteile und

Bußgeldbescheide gegen Steuerpflichtige zeigen. Jedes Unternehmen und jeder Gewerbetreibende mit mehr als 30.000 Euro Jahresgewinn muss auf eine digitale Prüfung vorbereitet sein. Kommt ein Unternehmen seinen Verpflichtungen zur digitalen Steuerprüfung nicht nach, droht ein Bußgeld von bis zu 20.000 Euro. Darüber hinaus können Zwangsmittel oder Steuerschätzungen folgen.

Kleine Unternehmen im Visier

Da in letzter Zeit mehrere Unternehmen vor Finanzgerichten bezüglich der digitalen Steuerprüfung verurteilt wurden, ist zu erwarten, dass sich die digitale Prüfung immer weiter durchsetzen und nun auch kleinere Unternehmen treffen wird.

Was ist zu beachten? Jedes Unternehmen unterliegt den Buchführungspflichten. Die geführten Bücher müssen außerdem aufbewahrt und bis zu zehn Jahre lang archiviert werden, wie es in den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung (GoB) festgelegt ist. Für elektronische Buchführung gelten außerdem die ergänzenden Grundsätze ordnungsgemäßer DV-gestützter Buchführungssysteme (GoBS). Hiernach muss das PC-gestützte Verfahren alle verarbeiteten Informationen erfassen und sie dürfen sich anschließend nicht mehr unterdrücken lassen.

Steuerrelevante Daten

Im Falle einer Prüfung hat der Steuerpflichtige dem Finanzamt außerdem Bücher und Aufzeichnungen, Inventare, empfangene und abgesandte Handels- oder Geschäftsbriefe sowie sonstige Unterlagen, die für die Besteuerung von Bedeutung sind, zur Verfügung zu stellen. Problematisch ist dabei, dass diese "steuerrelevanten Daten" nicht weiter definiert sind. Im Einzelfall können daher auch E-Mails oder Attachments vorzulegen sein. Rein digital vorliegende Daten sind für die Prüfung in "maschinell auswertbarer Form" zur Verfügung zu stellen. Nach den "Grundsätzen zum Datenzugriff und zur Prüfbarkeit digitaler Unterlagen" (kurz GDPdU) ist der "wahlfreie Zugriff auf alle gespeicherten Daten einschließlich der Stammdaten und Verknüpfungen mit Sortier- und Filterfunktionen" bereitzustellen. Konkret: Dokumente müssen immer im Originalzustand zur Verfügung stehen und zusätzlich in einem Archivformat revisionssicher archiviert werden.

Maschinelle Steuerprüfung

Spannend ist nun die Frage, in welcher Form eine Steueraußenprüfung erfolgen darf. Dies regelt § 147 Abs. 6 AO sowie die GDPdU. Danach hat die Finanzbehörde die freie Wahl zwischen einem unmittelbaren Zugriff auf die Systeme des Steuerpflichtigen, einem mittelbaren Zugriff (indem der Steuerpflichtige nach den Vorgaben des Prüfers das System bedient) sowie der Datenträgerüberlassung, wonach der Steuerpflichtige die steuerrelevanten Daten auf "maschinell verwertbaren Datenträgern in maschinell auswertbaren Formaten" zu übergeben hat. Die Steuerbehörden sind aber weder berechtigt, mit einem eigenen Notebook auf das System des Steuerpflichtigen zuzugreifen, noch dort ihre Prüfungs-Software aufzuspielen. Bei Überlassung eines Datenträgers unterliegen die Behörden keinem Verwertungsverbot hinsichtlich versehentlich überlassener Informationen.

Digitale Prüfung wird Standard

Die ersten Finanzgerichte haben bereits festgestellt, dass die elektronische Prüfung das neue Standardverfahren darstellt und – so das Finanzgericht Rheinland-Pfalz – ein Steuerpflichtiger die Prüfungshandlung nicht blockieren darf, nur weil er seine Hausaufgaben nicht gemacht hat.

Für den IT-Verantwortlichen, vor allem aber für die Geschäftsleitung, ist es daher wichtig, sich spätestens jetzt mit der Thematik auseinander zu setzen und die Gewährleistung der Vorgaben schnellstmöglich zu erreichen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Management hier auch persönlich in der Haftung stehen kann und es sich gleichzeitig um eine Querschnittsmaterie aus Technik und Recht handelt. Folglich sollten in einem gemeinsamen Maßnahmenplan sowohl technische und organisatorische als auch finanzielle Maßnahmen analysiert und umgesetzt werden. Neben der "legal compliance" können in einem solchen ILM-Projekt – teilweise überfällige – Lösungen für Content- und Knowledge-Management-Systeme auf der einen Seite, vor allem aber die Verlagerung weniger zeitnah erforderlicher Informationen von teuren Hochverfügbarkeitsspeichern auf günstigere Systeme gefunden werden. Ein Lebensversicherer muss beispielsweise sicherlich nicht alle Verträge über die gesamte Laufzeit von zwölf Jahren oder mehr mit einer Verfügbarkeit von 99,8 Prozent bereithalten.

Bei einem sorgsam aufgesetzten Projekt können GDPdU-Themen zugleich abgearbeitet werden. Es ist nämlich angesichts des Erwerbs von 14.000 Lizenzen der Prüf-Software IDEA durch die Steuerbehörden in Zukunft auf alle Fälle damit zu rechnen, dass eine intensivere und nachhaltigere digitale Steuerprüfung erfolgen wird.

2. Ablage-System

Internet World Business, 07/05, Seite 28

In zahlreichen Regelungen ist detailliert festgeschrieben, wie Ihre elektronische Ablage sortiert sein muss.

Vielen Unternehmern sind die Vorschriften dennoch völlig unbekannt.

Wann immer das Modewort Information Lifecycle Management (ILM) fällt, liegt der Fokus meist auf dem technischen und operativen Bereich. Dabei spielen jedoch spätestens bei der Datenverlagerung von Produktiv- in Archivierungssysteme auch rechtliche Regelungen eine wichtige Rolle. Deren Unkenntnis kann erhebliche Konsequenzen für das leitende Management nach sich ziehen. Betroffen sind nicht nur internationale Konzerne. Vielmehr zeigt die Praxis, dass speziell mittelständische Unternehmen entweder völlig unvorbereitet sind oder zwar grundsätzlich Kenntnis von den rechtlichen Verpflichtungen haben, sich indes vor einer Umsetzung scheuen.

Bereits seit 2002 Gesetz

Seit über drei Jahren, nämlich seit dem 1. Januar 2002, ist die Finanzverwaltung berechtigt, die mithilfe eines EDV-Systems erstellte Buchführung durch Datenzugriff

zu prüfen. Der Steuerpflichtige hat dafür Sorge zu tragen, dass bei einer solchen elektronischen Prüfung die erforderlichen Informationen gesichtet werden können; vergleichbar mit der früheren Außenprüfung, bei der der Prüfer Rechnungsordner und Rechnungsbelege physisch geprüft hat. Diese Regelung gilt für eine Ein-Personen-GmbH genauso wie für börsennotierte Unternehmen.

Elektronischer Zugriff auf Informationen

Die zuständige Steuerbehörde darf auf dreierlei Weise auf die Daten zugreifen. Beim unmittelbaren Zugriff (Z1) greift der Prüfer direkt beim Steuerpflichtigen auf einem eigens einzurichtenden Arbeitsplatz auf die steuerrelevanten Daten zu. Im Wesentlichen dürften die Daten aus der Finanzbuchhaltung, Lohnabrechnung oder Anlagenbuchhaltung stammen. Hinzu kommen angesichts der Substitution von Post durch E-Mail auch die auf elektronischem Wege ausgetauschten kaufmännischen Dokumente. Entscheidend ist nur, ob es sich um steuerrelevante Informationen handelt, also um kosten- und ertragsrelevante Informationen. In der Praxis liegt das Problem indes darin, dass einer Datei deren Steuerrelevanz häufig nicht unmittelbar „angesehen" werden kann. Ein korrektes Ablagesystem dürfte daher nur schwer zu etablieren sein. Schließlich kann die EMail eines Geschäftspartners eine Terminabsprache enthalten, genauso aber auch eine Zahlungsvereinbarung aufweisen. Letztere könnte steuerrelevant und damit selbstverständlich archivierungspflichtig sein, und zwar als Handelsbrief mindestens sechs Jahre, als Rechnung oder Beleg sogar zehn Jahre.

Mit dem so genannten mittelbaren Zugriff (Z2) kann sich der Steuerprüfer mit Unterstützung des Steuerpflichtigen die gewünschten Informationen zeigen lassen, wobei der Steuerpflichtige zur Mitwirkung verpflichtet ist.

Derzeit stellt bei mittelständischen Unternehmen die Datenträgerüberlassung (Prüfungsmethode Z3) wohl das häufigste Prüfverfahren dar. Die steuerrelevanten Daten werden bei diesem Verfahren vom Steuerpflichtigen auf CD-ROM oder DVD exportiert und der Finanzbehörde zur Verfügung gestellt. In diesem Zusammenhang sei angemerkt, dass der Steuerprüfer grundsätzlich auch solche Informationen auswerten darf, auf deren Herausgabe er keinen Anspruch hat. Werden also zum Beispiel versehentlich Hinweise auf das Schwarzgeldkonto mit exportiert, darf ein findiger Beamter zum großen Schlag ausholen. Dagegen ist der Steuerprüfer weder dazu berechtigt, im Wege des Fernzugriffs das System des Steuerpflichtigen zu überprüfen, noch darf er durch Aufspielen der Prüf- Software IDEA auf das System des Steuerpflichtigen oder durch Integration des Prüfer- Laptops in das Netzwerk eine solche Prüfung durchführen.

In diesem Zusammenhang sei vor einer Begriffsverwechslung gewarnt: Die bloße Sicherung von Daten, also zum Beispiel in Form eines Images vom Server, stellt noch keine ausreichende Archivierung im steuerrechtlichen Sinne dar, denn neben dem Tatbestand der steuerrelevanten Informationen nach den „Grundsätzen zum Datenzugriff und zur Prüfbarkeit digitaler Unterlagen" (GDPdU – BMF-Schreiben vom 16.7.2001 – 136/01) ist darüber hinaus auch deren maschinelle Auswertbarkeit erforderlich.

Zugriff und Datenformate

Der Begriff „maschinelle Auswertbarkeit“ ist genau definiert. Ein Jurist versteht darunter den „wahlfreien Zugriff auf alle gespeicherten Daten einschließlich der Stammdaten und Verknüpfungen mit Sortier- und Filterfunktionen unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit“. Damit soll sichergestellt werden, dass die dokumenteneigenen Strukturinformationen (z.B. Felddefinitionen) erhalten bleiben. Da dies bei einer Image-Datei nicht möglich ist, wurden bestimmte Formate (z.B. ASCII, Excel, dBase) für zulässig erklärt. Formate wie TIFF und PDF genügen dagegen, soweit eine Archivierung ausschließlich in diesen Formaten erzeugt wird, nicht.

Erfolgt eine Archivierung aus dem Produktivsystem heraus, so ist dabei sicherzustellen, dass auch der Nachweis einer unveränderten Aufbewahrung erbracht werden kann. Dies bedeutet gleichzeitig, dass bei fehlender maschineller Auswertbarkeit des Originals ein maschinenlesbares Dokument herzustellen ist und beide Dokumente über den gleichen Index vorzuhalten sind. Für steuerrelevante E-Mails bedeutet das, dass sie mit Attachments auf einem unverfälschbaren Speichermedium (etwa DVD) gespeichert werden müssen. Sind die Mails digital signiert oder gar verschlüsselt, sind weitere Anforderungen zu beachten, die auch in Zukunft eine Entschlüsselung sicherstellen. Dieses Thema wird insbesondere dann spannend, wenn auf neue Systeme, Plattformen oder Applikationen migriert wurde. Für den gesamten Aufbewahrungszeitraum ist dann ein System vorzuhalten, das die Auswertbarkeit ermöglicht. Zusammenfassend lasst sich sagen, dass nach den Erfordernissen der GDPdU die maschinelle Auswertbarkeit im Archivsystem quantitativ und qualitativ die gleichen Möglichkeiten beinhalten muss, wie sie ein Produktivsystem bietet.

Chancen bei Basel II

Aber nicht nur die GDPdU-Vorschriften wollen beachtet sein, auch Basel II und das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmen (KonTraG) fordern Aufmerksamkeit. Vereinfacht dargestellt enthalten beide Regelungskonglomerate Tatbestande, die eine Verminderung von Risiken sicherstellen sollen.

Wahrend das KonTraG unter anderem in § 91 Absatz 2 Aktiengesetz umgesetzt wurde, dient Basel II, ein Konsultationspapier des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht, vor allem dem Rating für Kredite.

Die Vorschrift nach dem Aktiengesetz, die sinngemäß auch für größere GmbHs gilt (§ 43 GmbHG), verpflichtet den Unternehmenslenker, das Unternehmen vor Schaden zu bewahren und geeignete Maßnahmen zu treffen, die drohende Gefahren frühzeitig erkennen lassen. Vergegenwärtigt man sich etwa, dass inzwischen ein Großsteil wichtiger Informationen ausschließlich per E-Mail ausgetauscht wird, wird klar, dass diese damit geschäftskritischen Inhalte einen Risikofaktor darstellen.

Dies gilt beispielsweise sowohl für verloren gegangene E-Mails, die Beweiszwecken dienen können, als auch für die Einhaltung der dargestellten rechtlichen Anforderungen. Kommt es zu Verlusten, deren Eintreten ein Geschaftsführer oder Vorstand durch die Installation entsprechender Überwachungssysteme hatte vermeiden können, haftet er gegebenenfalls sogar persönlich. Kann dagegen ein

Unternehmen belegen, dass mit geeigneten Schutzmaßnahmen diese Risiken stark reduziert sind, führt dies zu einer Verbesserung der Bewertung bei der Kreditvergabe und somit zu einer Verbilligung von Krediten, da das von den Banken zu hinterlegende Eigenkapital nicht mehr starr acht Prozent (Basel I) betragt.

Ein ordentliches Dokumentenmanagement schützt also nicht nur vor abstrakten Gefahren, sondern kann auch ganz handfeste Vorteile mit sich bringen. Klarzustellen ist abschließend, dass nicht jedes kleine Unternehmen aufwendige Archivierungssysteme benötigt; dies gilt insbesondere dann, wenn über die Dauer der Aufbewahrungsfrist sämtliche steuerrelevanten Informationen maschinell auswertbar auf dem Produktivsystem gehalten werden. Erfolgt eine Verlagerung aus Kapazitätsgründen, muss sich jeder vergegenwärtigen, dass wegen der Aufbewahrungspflicht und der damit bis zu zehnjährigen Ruckwirkung bereits jetzt die Weichen gestellt werden. Wer nicht sorgfältig vorgeht, kann eine böse Überraschung erleben. Angesichts der zunehmenden Schulung von Steuerprüfern muss jedes Unternehmen mit einer elektronischen Prüfung rechnen. Bei Nichterfüllung der GDPdU-Anforderungen kommen Bußgeld, Zwangsmittel und Schätzung in Betracht. In vereinzelten Fallen hat das Nichtbeachten der rechtlichen Erfordernisse bereits zur Androhung von Zwangsmaßnahmen im Wiederholungsfall geführt.

IX. IT-Recht

1. Wo bleiben Cloud-Daten?

Internet World Business 4,2012, Seite 27

Bei SaaS-Dienstleistungen sind Verträge über das Beendigungsmanagement wichtig

Die Verlagerung von Rechenzentrumsleistungen oder Softwarelösungen auf externe Anbieter liegt im Trend. Vorteil dieses Outsourcings ist, dass sich die IT inhouse nicht um die Wartung von Hard- oder Software kümmern muss. Leistungen werden entsprechend der jeweiligen Geschäftskritikalität nach Service Level Agreements (SLA) erbracht. Während die Ausgestaltung solcher SLAs schon Gegenstand eines Beitrags war, geht es hier um die Frage, was für das Beendigungsmanagement beachtet werden sollte.

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass nicht nur reine Rechenzentrumsleistungen mehr beauftragt werden, im Rahmen derer die zum Betrieb erforderliche Software und die Datenbanken im Rechte des Auftraggebers stehen. Häufig werden inzwischen komplette Softwareleistungen durch Anbieter erbracht, das Application Service Providing (ASP), heute auch Software as a Service (SaaS), bis hin zum sogenannten Cloud Computing, bei der regelmäßig in standardisierter Form das gesamte Rechenzentrum in die „Datenwolke“ verschoben wird

Als Beispielsfall sei genannt, dass ein Unternehmen mittels einer proprietären Anbieterlösung ein Geschäft betreibt und die gesamte Abwicklung des Geschäfts über Software as a Service (SaaS) dahingehend erfolgt, dass der Kunde nur über Thin Clients auf die gesamte Soft- und Hardwareinfrastruktur nebst den dahinter liegenden Datenbanken zugreift.

Da ohne vertragliche Regelungen kein ausdrücklicher gesetzlicher Anspruch normiert ist, der den Anbieter nach Beendigung zur Herausgabe von Datenbankinhalten oder gar deren Konvertierung in übliche Formate verpflichtet, ist zunächst wichtig, dass ein Beendigungsmanagement zu einem Zeitpunkt verhandelt wird, zu dem sich die Vertragsparteien noch verstehen - idealerweise also im Zuge des Abschlusses des Hauptvertrages.

Wenngleich sich freilich aus nachvertraglichen Ansprüchen wie auch dem Urheberrecht ein Anspruch auf Herausgabe der Daten begründen lässt, so ist es doch im Falle der Lösung des Erstanbieters wesentlich hilfreicher, dezidierte Regelungen zu treffen, die eine Herausgabeverpflichtung von Dokumenten und Daten in einem bestimmten Format und ohne Zurückbehaltungsrecht - z.B. auf erstes Anfordern - regelt. Erfolgt eine komplexe Datenhaltung beispielsweise auf Basis relationaler Datenbanken wie Oracle oder MySQL, sollte der Auftraggeber in diesem Zusammenhang zum Einen die Verpflichtung aufnehmen, dass der Anbieter einen sogenannten Datenbank-Dump bereitstellt. Ein solcher Datenbank-Dump enthält neben den Inhaltsdaten auch deren Verknüpfung im Rahmen der relationalen Datenbank. Zumindest aber sollte je nach Ausgestaltung der Daten und der Datenbank die vertragliche Verpflichtung bestehen, diese in üblichen Formaten, wie CSV oder Excel zu exportieren. Die technischen Anforderungen hängen von der jeweiligen Komplexität der Lösung ab.

Darüber hinaus ist eine frühzeitige Verpflichtung zur Übermittlung der Daten von besonderer Bedeutung, da der Folgedienstleister rechtzeitig in die Lage versetzt werden sollte, die Daten einzuspielen, gegebenenfalls zu migrieren und vor Produktivsetzung auch noch ausführlich zu testen.

Zusammengefasst ist in Zeiten des häufigeren Wechsels von Anbietern es nicht nur wichtig, Regelungen für die Laufzeit der Verträge zu treffen, sondern dezidiert sicherzustellen, dass auch nach Kündigung im Rahmen eines geordneten Beendigungsmanagements der Geschäftsbetrieb eines Unternehmens reibungslos weiterlaufen kann.

2. Projekte auf der Kippe

Internet World Business 1,2011, Seite 33

Eine sorgfältige vertragliche Regelung kann Probleme zwischen Dienstleister und Auftraggeber vermeiden helfen

Bei großen Entwicklungsprojekten - zum Beispiel der Programmierung eines Webshops - kommt es immer wieder zu Schieflagen, die es zu beheben gilt. Bei derlei Problemen herrscht meist zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer Streit über die Erbringung des Leistungsergebnisses. Häufig geht es um verspätete Leistungen mit minderer oder auch fehlender Qualität.

Weitermachen oder aufgeben?

Nun kommt es entscheidend darauf an, die richtigen Maßnahmen zu ergreifen, um entweder ein Projekt noch zu einem erfolgreichen Ende zu führen oder es schnell zu beenden. Die letztgenannte Alternative ist für alle Beteiligten immer die schlechteste: Dem Auftragnehmer bringt sie in der Regel wirtschaftliche Verluste und der Auftraggeber hat nicht nur das mit der Durchführung des Projekts verfolgte Ziel nicht erreicht, er muss obendrein komplett ein neues Projekt ausschreiben, verhandeln und umsetzen. Doch es gelingt auch immer wieder, Projekte – sogar bei wechselseitig fristlos gekündigten Verträgen und Androhung von einstweiligen Verfügungen – durch gut vorbereitete, nicht selten länger dauernde Verhandlungen wieder „aufs Gleis“ zu setzen. Wichtig ist dann, durch eine Zusatzvereinbarung neben rechtlichen Aspekten Maßnahmen zu definieren, um bekannte Fehler zu vermeiden. Lastenheft und Pflichtenheft Um solchen Projektschieflagen vorzubeugen, ist es im Rahmen des Vertragsschlusses für den Auftraggeber von Bedeutung, eine differenzierte Leistungsbeschreibung vorzusehen, die zumindest ein Lastenheft („Was wofür?“) mit einer fachlichen Grobkonzeption nebst vollständigen Funktionen und Anforderungen aufweist. Noch besser ist ein Pflichtenheft („Wie womit?“), das neben der fachlichen Feinspezifikation bereits eine technische Konzeption enthält. Über die Definition funktionaler Spezifikationen hinaus sollte auch eine Festlegung der nicht funktionalen Anforderungen festgeschrieben werden. „Nicht funktional“ ist zum Beispiel das Antwortverhalten einer Website. Reagiert die Webseite eines Online Shops mit einer Verzögerung von drei Sekunden, sind Abbrüche und damit der fehlende Erfolg des Online Shops genauso programmiert wie eine Projekteskalation. Auf der anderen Seite sollte der Auftragnehmer dezidiert definieren, welche Mitwirkungsverpflichtungen der Kunde zu erbringen hat. Da IT-Projekte meistens zeitkritisch sind, sollte darüber hinaus zwischen den Vertragsparteien ein verbindlicher Meilensteinplan vereinbart werden, der bei Überschreitung zu Konsequenzen führt. Ein Meilenstein kann etwa die Übergabe einer Betaversion des Shops sein, ein weiterer Meilenstein das Endeeiner Testphase dieser Betaversion durch den Kunden. Zu Projektschieflagen kommt es üblicherweise dann, wenn es an einer klaren Ausarbeitung der wechselseitigen Verpflichtungen fehlt und der Auftragnehmer eine in den Augen des Auftraggebers mangelhafte Leistung (verspätet) abliefert. Danach setzt der Auftraggeber eine Frist und droht Konsequenzen an. Der Auftragnehmer dagegen verteidigt sich damit, dass der Auftraggeber seinen Mitwirkungspflichten weder in der entsprechenden Qualität noch rechtzeitig genügt hat.

Pattsituation führt zum Kippen

Die Vertragsparteien stehen sich somit in einer Pattsituation – der Projektschieflage – gegenüber, deren Eskalation zum Kippen des Projekts führt. Vor Gericht gewinnt meist derjenige mit den besseren vertraglichen Regelungen und der besseren Dokumentation des Projektverlaufs. Kann etwa ein Auftragnehmer durch E-Mails belegen, dass er immer wieder auf fehlende Mitwirkungspflichten und den daraus resultierenden Zeitverzug hingewiesen hat, wird ihm kaum ein Verschulden nachzuweisen sein. Insbesondere bei großen Projekten geht es um Personen, die den Projekterfolg auch unternehmensintern zu vertreten haben, sodass Verhandlungen zur Auflösung solcher Projektschieflagen auch immer deren Gesichtswahrung zu berücksichtigen haben. Da der Streit sich meist auf die Qualität der erbrachten Leistung bezieht, kann es ratsam sein, einen EDV-Sachverständigen zur Bewertung einzusetzen. Aus kaufmännischer Sicht kann dieser Aufwand sinnvoll sein, da auch im Rahmen einer prozessualen Auseinandersetzung das Gericht auf Basis eines Sachverständigengutachtens entscheidet.

Im Vertrag an Schlichtung denken

Ein solches Schlichtungsverfahren kann bereits im Vertrag vorgesehen werden. Die Erfahrung zeigt, dass Projektschieflagen auch dadurch entstehen, dass die Vertragsparteien zu wenig miteinander kommunizieren. Empfehlenswert ist es daher, in Verträgen Regelungen über „IT/Project Governance“ und „Reporting“ einzuplanen, deren Ziel es ist, auf den verschiedenen Projektebenen in regelmäßigen Zyklen den Projektstatus zu kennen, um Risiken entgegenzuwirken. Gleichzeitig sollte bei Streitigkeiten auf der operativen Projektebene eine kurzfristige Eskalation an das Senior-Management vorgesehen sein, um auch hier schnell Konflikte einer Lösung zuführen zu können.

Die Exit-Strategie

Problematisch für die Fortführung eines Projekts wird es aber, wenn entweder der Auftraggeber oder am Ende sogar ein Sachverständiger zu dem Ergebnis kommt, dass dem Auftragnehmer Fähigkeiten fehlen, ein Projekt erfolgreich zu Ende zu führen. Hier helfen entsprechend vertraglich normierte Exit-Rechte. Selbst wenn sich der Auftraggeber für eine Vertragsbeendigung entscheidet, empfiehlt es sich für beide Vertragsparteien, professionell über die Vertragsbeendigung zu verhandeln. Neben kommerziellen Aspekten, wie etwa Schadensersatz, geht es auch um die Frage, ob ein Teil der Ergebnisse für einen neuen Dienstleister nutzbar ist, was bei proprietärer Software des Auftragnehmers ausscheidet. In der wirtschaftlichen Gesamtschau kann es für einen Auftragnehmer von Interesse sein, auf kommerzieller Ebene Zugeständnisse zu machen, dafür dann aber über den gesamten Projektausstieg eine Geheimhaltungsvereinbarung abzuschließen. Scheitert ein großes Softwareprojekt, schadet dies auch dem Image des Auftragnehmers. Zur Vorbereitung eines solchen Exits empfiehlt es sich auftraggeberseitig bereits frühzeitig, oder das gesamte Projekt über, eine Dokumentation zu führen. Es ist vor allem sinnvoll, Protokolle über Sitzungen der einzelnen Projekthierarchien anzufertigen, um dann im Schadensersatzprozess dokumentieren zu können, wen ein Verschulden trifft.

Wie viel Aufwand hatte der Kunde?

Es hat sich bewährt, Projektaufwände des Personals zu dokumentieren. Der Auftraggeber kann unter Umständen nicht nur die Rückzahlung von geleisteten Anzahlungen oder Schadensersatz wegen Verzugs, sondern auch nutzlos auf das Projekt eingesetzte Personalkosten verlangen. In einer vom Autor vertretenen Klage sprach jüngst das OLG Frankfurt dem Auftraggeber 934 Tage à 485 Euro pro Tag zu.

Die wichtigsten Tipps

1. Genaue Leistungsbeschreibung vereinbaren:

Ist diese klar und eindeutig, kann bereits kein Streit über den zu leistenden Inhalt und die Qualität entstehen.

2. Meilensteine vereinbaren:

Vertraglich kann hier vorgesehen werden, dass der Beginn des nächsten Meilensteins erst mit erfolgreicher Abnahme des davor liegenden erfolgen darf. Scheitert der Auftragnehmer daran, kann das Projekt frühzeitig rückabgewickelt werden. Ansonsten „quälen“ sich die Vertragsparteien teilweise über Jahre, um dann erst nach dem letzten Meilenstein festzustellen, dass das Projekt gescheitert ist.

3. Regelungen zur Project Governance vereinbaren:

Es sollten Mechanismen vorgesehen werden, die eine professionelle Abwicklung ermöglichen, wobei auch ein einbezogener externer Sachverständiger ein Projekt aus einer Schieflage holen kann.

3. Recht bei Downloads

Internet World Business 08-2010, Seite 38

Was Sie beachten müssen, wenn Sie Software zum Herunterladen statt auf CD verkaufen

Breitband macht‘s möglich: Software-Pakete, für deren Auslieferung man früher zwingend einen Datenträger – zum Beispiel eine CD-ROM – gebraucht hätte, lassen sich heute innerhalb weniger Minuten über das Internet übertragen. Dies ist vor allem für kleine und mittlere Software-Schmieden eine interessante Entwicklung. Während es in der Vergangenheit im "klassischen" Software-Vertrieb für Unternehmen aufwendig war, durch die Etablierung entsprechender Reseller- und Distributorenstrukturen Produkte erfolgreich zu vertreiben, hat der Online-Vertrieb in letzter Zeit an Bedeutung erheblich zugenommen. Online-Vertrieb bedeutet in diesem Fall nicht nur die Akquisition über das Internet, sondern die tatsächliche Auslieferung der Software per Download oder E-Mail. Dieser Distributionsweg spart nicht nur Kosten, er bietet auch interessante Optionen bei der Gestaltung der AGB.

Weitergabe ausschließen

Nach herrschender Meinung können Software-Anbieter durch AGB wirksam Weitergabeverbote für unkörperlich überlassene Software vereinbaren. Für Software auf Datenträgern gilt hingegen der sogenannte Erschöpfungsgrundsatz, was bedeutet, dass eine ordnungsgemäß gekaufte CD-ROM weiterveräußert werden darf – und AGB, die dies untersagen, unwirksam sind. Im Fall von per Download oder E-Mail übertragener Software versagen die meisten Gerichte ein solches Recht.

Das müssen Sie beachten:

- Im Gegensatz zu Software auf Datenträgern kann man bei Software-Downloads den Weiterverkauf per AGB ausschließen.
- Verbraucher haben bei Software auf Datenträgern ein Widerrufsrecht, solange die Software nicht entsiegelt wurde. Dieses Recht gilt bei Software-Downloads nicht.
- Beim Recht des Käufers, wegen Mängeln Nacherfüllung zu verlangen oder vom Kauf zurückzutreten, gibt es aber keinen Unterschied zwischen CD und Download.

Neben der rechtlichen Absicherung dieses Weitergabeverbots durch eine entsprechende Formulierung in den AGB empfiehlt es sich für Software-Anbieter, auch technische Vorkehrungen gegen eine unerwünschte Mehrfachinstallation der Software zu ergreifen, zum Beispiel durch die Verwendung eines Lizenzschlüssels und eine entsprechende Vertragsgestaltung, die seine Anwendung regelt. Unwirksam dürfte bei online im Wege des Kaufs überlassener Software auch das Verbot der Übertragung auf ein anderes Kundensystem sein; vertragsrechtlich sind dann entsprechende Prozesse abzubilden, die die Bereitstellung neuer Lizenz-Keys vorsehen.

Ein Siegel fehlt

Etwas kniffliger ist der Online-Vertrieb von Software im Verbraucherbereich. Während das BGB in § 312d Abs. 4 Nr. 2 ein Widerrufsrecht für vom Verbraucher entsiegelte Software ausschließt, fehlt es beim Online-Vertrieb mangels körperlicher Überlassung an einer entsprechenden Entsiegelung. Dennoch wird allgemein angenommen, dass ein Widerrufsrecht beim Online-Vertrieb ausgeschlossen ist. Begründet wird dies mit § 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB, wonach ein Widerrufsrecht bei der Lieferung von Waren nicht besteht, die aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind. Das Widerrufsrecht ist deshalb ausgeschlossen, weil die Software wegen der Möglichkeit der Weiterbenutzung nicht "rückstandslos" zurückgegeben werden kann.

Im Ergebnis bietet der Online-Vertrieb neben dem Weitergabeverbot somit auch den Vorteil, dass das Widerrufsrecht ausgeschlossen werden kann. Es empfiehlt sich indes stets, eine entsprechende Klarstellung hierzu in den AGB aufzunehmen.

Unberührt davon bleibt selbstverständlich das Recht des Käufers wegen Mängeln Nacherfüllung zu verlangen oder gar vom Vertrag zurückzutreten. Hieran ändert auch die Online-Überlassung nichts. Als Software-Hersteller sollte man deshalb Bedingungen vorsehen, die mindestens zwei Nacherfüllungsrechte normieren und auch die Art und Weise der Nacherfüllung regeln. Letzter Tipp: Bei international ausgelegtem Software-Vertrieb sollten nicht zuletzt Haftungsbeschränkungen im Rahmen des rechtlich Zulässigen vorgesehen werden.

4. Verträge mit Agenturen

Internet World Business 17-2009, Seite 42

Was im Vertrag stehen sollte

Die Website einer Firma ist ihr Aushängeschild im Netz. Wichtig ist daher für Agentur und Firma, genau festzulegen, was umzusetzen ist. Das vermeidet spätere Auseinandersetzungen.

Da die grafische Gestaltung sehr wichtig ist, sollte – neben rein textlichen Definitionen der Leistungselemente – zumindest in Grundzügen eine Visualisierung des gewünschten Ergebnisses aufgenommen werden. Neben der funktionalen Spezifikation, was eine Seite können muss, sollten auch nicht funktionale Anforderungen vereinbart werden.

Ebenso sollten Meilensteine festgelegt werden, zu deren Ablauf Leistungen erbracht und Entgelte fällig werden. Ausstiegsklauseln ermöglichen dem Auftraggeber bei fehlendem Leistungserfolg, frühzeitig die Reißleine zu ziehen. Und auch etwaige Sicherheitsanforderungen sollten beschrieben werden.

Weil kaum ein Projekt ohne Änderungen auskommt, bedarf es einer Regelung für Änderungsverlangen, auch Change Request genannt. Wichtig für Auftraggeber ist zu normieren, dass Changes von der Agentur immer umzusetzen sind und bei einem Streit über die Preisgestaltung dieser isoliert eskaliert – indem etwa ein Sachverständiger oder ein Schiedsgericht den Preis festlegt.

Für die Zukunft von besonderer Bedeutung sind präzise definierte Nutzungsrechte sowie die Frage, in welchem Umfang Bearbeitungsrechte bestehen und welche Quellcodes und Tools zu deren Generierung übergeben werden. Bearbeitungsrechte ermöglichen dem Auftraggeber, selbst seine Seiten zu pflegen und fortzuentwickeln. Dazu hat das LG Frankfurt entschieden, dass die Dekompilierung einer Flash-Site nebst Bearbeitung ohne Einwilligung der Agentur das Urheberrecht verletzt (LG Frankfurt, Az. 2-03 O 299/03 – Flash-Datei).

Schließlich müssen Regelungen zu Mitwirkungspflichten, Gewährleistung und Haftung getroffen werden, damit die wechselseitigen Risiken angemessen abgesichert werden.

Bei geschäftskritischen Plattformen können Service-Level in Form von Reaktions-, besser Fehlerbeseitigungszeiten erforderlich sein.

Neben den genannten Projektregelungen bedarf es oft weiterer wichtiger Klauseln im Vertrag, die je nach Projekt-Umfang von zehn bis zu weit über 100 Seiten reichen können.

5. Gebrauchte Software

Internet World Business 21-2008, Seite 10

Die Rechtsprechung zur Weitergabe von Lizenzen ist nicht einheitlich

Die Ausgaben für Softwarelizenzen machen bei vielen Umternehmen einen beträchtlichen Teil ihrer IT-Investitionen aus. Andererseits stehen infolge von Konsolidierungen oder effektiverem Lizenzmanagement nicht selten ungenutzte Lizenzen zur Verfügung, deren Weiterverkauf sowohl für den Verkäufer als auch für den Käufer wirtschaftlich attraktiv sein kann. Im Unterschied zu körperlichen Gegenständen des Sachenrechts gilt es bei Software, wichtige rechtliche Aspekte zu berücksichtigen, um in der Folgezeit von Überraschungen verschont zu bleiben.

Der Erschöpfungsgrundsatz

Grundsätzlich können Programme genauso wie andere Wirtschaftsgüter auch ohne Zustimmung des Herstellers von ihrem rechtmäßigen Eigentümer weitergegeben werden, das ergibt sich aus dem sogenannten Erschöpfungsgrundsatz nach Paragraf 69c Nr. 3 S. 2 Urhebergesetz (UrhG). Dieser besagt, dass sich im Falle der Verbreitung eines Programms innerhalb der EU oder des EWR mit Zustimmung des Rechtsinhabers das Verbreitungsrecht erschöpft. Danach ist also eine Verbreitung eines Programms ohne Zustimmung des Herstellers zulässig, wenn es zuvor über einen vom Hersteller autorisierten Vertriebskanal bezogen wurde.

Unter Richtern höchst umstritten ist indes, inwieweit das nicht dem Erschöpfungsgrundsatz unterliegende Vervielfältigungsrecht dazu führt, dass die Zustimmung des Urhebers zum Aufspielen der Software beim Dritterwerber trotz Erschöpfung erforderlich ist.

Das Oberlandesgericht München bestätigte nun in einer jüngst veröffentlichten Entscheidung (Az.: 6 U 2759/07) – im Einklang mit der wohl herrschenden Meinung – eine Entscheidung des Landgerichts München, wonach der Erschöpfungsgrundsatz beim Onlinevertrieb von Software nicht greife und der Weiterverkauf online erworbener Software demnach nicht zulässig sei. Die Richter gingen sogar noch darüber hinaus und schlossen eine Übertragung von "gebrauchten" Einzelplatzlizenzen und Software auf Originaldatenträgern aus, wenn die Weiterübertragung durch AGB des Herstellers ausdrücklich ausgeschlossen ist.

Bisher war die Mehrzahl der Juristen der Meinung, dass ein Weitergabeverbot durch AGB auf jeden Fall dann unzulässig ist, wenn es unbedingt ausgesprochen wurde. Aus diesem Grund befinden sich in AGB von Softwareherstellern Formulierungen, die aussagen, dass die Zustimmung zur Übertragung einzuholen ist, jedoch vom Hersteller nicht ohne wichtigen Grund versagt werden darf. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) hierzu bleibt abzuwarten.

Anspruch auf Pflege

Durfte Software veräußert werden, schließt sich für den glücklichen Käufer die Frage an, ob auch für ihn ein Anspruch auf Softwarepflege oder gar Support besteht, wie er oft dem Ersterwerber einer Software zuteil wird. Durch technische, vor allem aber durch rechtliche Entwicklungen bedarf es neben der Verbesserung der Software und dem Schließen von Sicherheitslücken regelmäßig der Anpassung an neue gesetzliche Anforderungen.

Nach der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung besteht für den Hersteller indes grundsätzlich keine Verpflichtung, einen Vertrag über die Pflege von Software abzuschließen, sodass für den Erwerber einer Gebrauchtsoftware das Problem entstehen kann, dass die Software infolge technischer und rechtlicher Weiterentwicklung mangels Pflege wertlos wird.

Grundsätzlich hat ein Verkäufer einer gebrauchten Software die Möglichkeit, entsprechende Softwarepflegeverträge durch Abtretung an den Käufer zu übertragen. Eine solche Abtretung steht indes üblicherweise unter einem wirksamen Abtretungsvorbehalt.

Mit dem Hersteller verhandeln

Wenn sich ein Verkäufer und ein Käufer für eine Weiterveräußerung von Software entscheiden, empfiehlt es sich zur Investitionssicherung aufseiten des Käufers mit dem Hersteller eine Zustimmungserklärung zur Weitergabe der Software wie auch zu einer Übertragung eines etwaigen Pflegevertrags zu verhandeln. Da durch teilweise hohe Rabatte bei Initialprojekten bei der Veräußerung von Standardsoftware nur noch geringe Margen bestehen, kann es auch für einen Hersteller interessant sein, solch einen Kunden mit einem langjährigen Pflegevertrag zu gewinnen.

6. Sind Verträge urheberrechtlich geschützt?

Internet World Business 14-2008, Seite 10

Das LG Stuttgart wies einen Unterlassungsantrag wegen der Verwendung eines Mustervertrags ab. Im konkreten Fall verwendete der Antragsgegner eine Version, die bis auf kleine Details der des Antragsstellers glich. Bei sogenannten nicht literarischen Sprachwerken sei, so die Richter "weder die alltägliche, handwerklich saubere Gestaltung noch die darüber hinausgehende, besonders gelungene Schöpfung geschützt". Auch gut durchdachte, strukturiert aufgebaute und stilistisch gelungene Vertragswerke genössen keinen Urheberschutz, urteilten die Richter. Eine Schutzuntergrenze beginne vielmehr erst dann, wenn ein Vertrag weit hervorsticht (Az.: 17 O 68/08).

Praxistipp:

Die Entscheidung ist kein genereller Freibrief für das Kopieren von Mustertexten. Es muss stets im Einzelfall geprüft werden, ob es sich um ein schutzfähiges Werk handelt. Während präzise Vertragsformulierungen für die Allgemeinheit frei bleiben

müssen, greift ein Schutz bei besonderen Leistungen der Zusammenstellung, beispielsweise bei komplexen und sehr speziellen Verträgen. In diesem Kontext stellt sich dann auch – wenngleich höchstrichterlich noch nicht entschieden – die Frage der Schutzfähigkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen.

7. Kopierter Code?

Internet World Business 11-2008, Seite 10

Wie man bei Verdacht auf Urheberverstöße Beweise sichern kann

Es kommt immer wieder vor, dass der Inhaber von Urheberrechten und Patenten den Verdacht hat, dass seine Schutzrechte verletzt wurden. Erscheint eine Konkurrenzsoftware mit nahezu identischen Funktionen und ähnlichen Bildschirmmasken, folgt daraus per se noch kein belastbarer Verdacht einer Urheberrechtsverletzung; kommen jedoch weitere Umstände hinzu, bei denen sich gewisse Rückschlüsse auf die Arbeitsweise aufdrängen, stellt sich die Frage, wie ein Schutzrechtsinhaber Gewissheit bekommen kann.

Bei Software besteht häufig das Problem, dass diese im Objektcode ausgeliefert wird – also nicht in Programmzeilen, die ein Programmierer quasi wie Klartext lesen kann, sondern in Maschinencode, den nur ein Computer versteht. Es fällt deshalb regelmäßig schwer, die Übernahme von Quellcode oder das Programmierungskonzept zu ermitteln. Ähnliches gilt für Hardware-basierte Erfindungen im Computerbereich: Allein durch das Anschauen und Ausprobieren beispielsweise einer Faxkarte erlangt man noch keine Kenntnis über deren Funktionsinhalte, und ein Auslesen der Betriebs- und Kommunikationssoftware auf Quellcode-Ebene scheidet fast immer ebenfalls aus.

Der Besichtigungsanspruch

Durch die jüngere Rechtsprechung wurde dem Schutzrechtsinhaber daher ein Besichtigungsanspruch an die Hand gegeben, mit dessen Hilfe er sich auch im Eilverfahren Informationen bezüglich einer Rechtsverletzung verschaffen kann.

Vorausgegangen war die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs (Az.: I ZR 45/01, Stichwort "Faxkarte"), in der die Richter entschieden, dass sich ein auf Paragraf 809 BGB gestützter Besichtigungsanspruch nicht nur auf eine Besichtigung einer Sache selbst, sondern auch auf den in dieser Sache implementierten Quellcode beziehen kann.

Nicht ohne Verdachtsmomente

Aufbauend auf der ergangenen Entscheidung des BGH urteilte das Oberlandesgericht Frankfurt, dass ein Anspruchsteller auch im Wege der einstweiligen Verfügung zunächst die Sicherung und – nach Abschluss des einstweiligen Verfügungsverfahrens – unter gewissen Voraussetzungen auch die Herausgabe des Quellcodes zu dessen Analyse verlangen kann (Az.: 11 W 21/05). Voraussetzung für eine solche Besichtigungsverfügung ist natürlich, dass eine Rechtsverletzung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorliegt.

Anhaltspunkte hierfür sind beispielsweise die Präsentation eines dezidierten Konzepts im Rahmen eines Angebots, für das dann letztlich ein Auftrag nicht erteilt

wird, oder das Ausscheiden eines Programmierers, der zur Konkurrenz wechselt. Sofern beispielsweise ein bestimmtes Verfahren als Verfahrenspatent geschützt ist, besteht nach der vom Landgericht Düsseldorf entwickelten sogenannten "Düsseldorfer Besichtigungspraxis" eine Besonderheit: Die Besichtigung erfolgt durch einen gegenüber dem Patentinhaber zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen in Kombination mit einem selbstständigen Beweisverfahren für das einstweilige Verfügungsverfahren. Damit der Beschuldigte kein Beweismaterial vernichten kann, wird die Besichtigung ohne Ankündigung – flankiert durch eine Duldungsverfügung – durchgesetzt, wie bei dem vorgenannten Quellcode-Besichtigungsverfahren sozusagen als "Überraschungsangriff".

Die beschriebenen Verfahrensoptionen liefern dem Schutzrechtsinhaber ein effizientes und schnelles Instrument der Informationsgewinnung. Dieses Procedere wird zudem durch die noch in deutsches Recht umzusetzende sogenannte EU-Enforcement-Richtlinie bestärkt. Werden bei der Besichtigung Informationen zur Rechtsverletzung zutage gefördert, kann der Schutzrechtsinhaber unmittelbar im Wege von Abmahnung und einstweiliger Verfügung den Unterlassungsanspruch durchsetzen und sich zur Glaubhaftmachung auf die Ergebnisse des Besichtigungsverfahrens beziehen.

8. Sind Sie abgesichert?

Internet World Business 8-2008, Seite 10

Wie Sie an Ihre Software kommen, wenn Ihr Dienstleister dichtgemacht hat

Allmählich wächst das Bewusstsein des Managements für die Wichtigkeit der Hinterlegung geschäftskritischer Standardsoftware, speziell bei einem kleineren Lizenzgeber. Fällt dieser dauerhaft aus – sei es durch Insolvenz, sei es durch Unvermögen – kann dies den Geschäftsbetrieb des Lizenznehmers gefährden. Denn der Lizenzgeber, zum Beispiel ein Systemhaus, überlässt dem Auftraggeber normalerweise nur den Objektcode seiner Standardprogramme. Möchte man diese bearbeiten, bedarf es hierfür des Quellcodes. Diesen möchte der Lizenzgeber als wichtiges Geschäftsgeheimnis ohne Grund naturgemäß nicht gerne offenbaren. Zur Lösung dieses Dilemmas bedient man sich daher eines vertrauenswürdigen Escrow-Agenten als Treuhänder, der den Quellcode sicher verwahrt, aber unter bestimmten Voraussetzungen an den Lizenznehmer herausgibt. In einem solchen, in der Regel dreiseitigen Vertrag verpflichtet sich der Escrow-Agent unwiderruflich für die vertraglich festgelegten Hinterlegungsfälle den Quellcode an den Lizenznehmer herauszugeben. Gleichzeitig werden dem Lizenznehmer für den Eintritt des Hinterlegungsfalls die entsprechenden Fort- und Weiterentwicklungsrechte vertraglich eingeräumt.

Vorsicht vor leeren Datenträgern

In der Praxis sollte der hinterlegte Datenträger von einem Sachverständigen einer Eingangsüberprüfung unterzogen werden, um sicherzustellen, dass die fraglichen Daten wirklich darauf gespeichert sind. Außerdem gilt es zu definieren, in welchen Zyklen neue Software Releases mit entsprechender Dokumentation, also vollständigen Release Notes, an den Escrow- Agenten zu übermitteln sind.

Schließlich sollte eine möglichst detaillierte Benutzer und Programmdokumentation zur Pflicht gemacht werden, die einem Programmierer eine Weiterentwicklung ermöglichen, denn: Was nützen 100.000 Quellcodezeilen, die erst in einem aufwendigen Code Review analysiert werden müssen?

„Insolvenz“ ist nicht insolvenzfest

Nicht selten findet man speziell bei mittelständischen Unternehmen – zumeist ältere – Verträge, bei denen als Herausgabefall der Eintritt der Insolvenz des Lizenzgebers geregelt ist. Eine solche Regelung ist aber nach der BGH-Rechtsprechung nicht insolvenzfest. Für eine insolvenzfeste Escrow- Vereinbarung muss daher bereits mit Vertragsschluss eine aufschiebend bedingte Rechteeinräumung am Quellcode für bestimmte Herausgabefälle vertraglich festlegt werden. Der Insolvenzfall als alleiniger Herausgabegrund ist nicht ratsam, da dies als Umgehung des Insolvenzrechts gesehen werden könnte. Auch ohne Insolvenz kann ein Leistungsverlust eintreten, zum Beispiel wenn der Lizenzgeber die Weiterentwicklung der Standardsoftware endgültig einstellt („End of Life“). In diesem Zusammenhang ist daher als weiterer wichtiger Aspekt, speziell bei geschäftskritischen Applikationen, die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs zu nennen. Kann der Lizenzgeber seine Verpflichtungen aus einem Support- und Pflegevertrag mit entsprechenden Service Levels nicht aufrechterhalten, können unplanmäßige Ausfälle von ein oder mehreren Tagen ein Unternehmen ganz empfindlich treffen. Stellen Sie sich vor, was passiert, wenn in einem größeren mittelständischen Unternehmen das ERP-System oder ein Rechnungsmodul ausfällt und das Unternehmen für einige Wochen keine Rechnungen schreiben kann. Dies führt unweigerlich zu einem Cashflow-Verlust mit der denkbaren Konsequenz eines Insolvenzverfahrens bei angespannter Finanzlage. Auch für diese Konstellation massiver Service-Level-Verstöße sollten daher im Rahmen des Risikomanagements Sonderkündigungsrechte als Herausgabegründe für den Quellcode festgelegt werden.

9. Investitionsschutz

Internet World Business, 15/07, Seite 27

So sichern Sie sich über einen Vertrag bei Softwareprojekten richtig ab

Nicht selten investieren Unternehmen sechs- bis siebenstellige Beträge für die (An-)Schaffung einer Softwarelösung. So werden regelmäßig ERP-Systeme (Enterprise Resource Planning) auf Basis von Standardsoftware eingerichtet oder durch zusätzliche, individuell programmierte Module auf die Anforderungen des Kunden hin angepasst. Zum Einsatz kommen somit Standardsoftwareprodukte, deren Funktionsfähigkeit mit Blick auf die getätigte Investition auch langfristig sicherzustellen ist. Häufig übernimmt das Unternehmen ein solches Softwareprojekt nicht selbst, sondern beauftragt ein externes Systemhaus damit. Neben der Festlegung essenzieller Fragen in einem Projektvertrag wie Leistungsinhalte, Nutzungsrechte, Haftung, Change-Requests, Vergütung sowie Meilensteine nebst Exit-Klauseln bei deren Nichterreichen, gilt es, die dadurch erreichten Ziele auch

langfristig zu sichern. Für den Investitionsschutz sind hier mehrere Eckpfeiler maßgeblich.

Service Level Agreements

Zunächst hat das Unternehmen im Rahmen des Risikomanagements für geschäftskritische Anwendungen deren Lauffähigkeit sicherzustellen (unter anderem in Hinblick auf § 91 Abs. 2 Aktien-Gesetz, § 43 GmbH-Gesetz). Dies bedeutet insbesondere, dass Fehler an der Software kurzfristig beseitigt werden. Da das gesetzliche Gewährleistungsrecht zum einen hierfür nur eine "angemessene" Frist vorsieht, zum anderen – in AGB regelmäßig vereinbart – im kaufmännischen Bereich nur eine einjährige Sachmängelhaftungsverjährung greift, bedarf es hier einer ergänzenden Unterstützung durch das Systemhaus.

Diese Unterstützung wird regelmäßig in sogenannten Pflege- und Supportverträgen oder auch Service Level Agreements (SLA) gefasst und dient der schnellen Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit. Zu unterscheiden ist hier zwischen sogenannten Maintenance Agreements zum einen, bei denen es im Wesentlichen um (vorbeugende) Fehlerbeseitigung und Funktionsverbesserungen durch Patches, Bugfixes oder neue Releasestände geht, und zum anderen SLAs, bei denen (auch) eine telefonische Hotline vorgehalten wird. Deren genaue Verfügbarkeit sollte zunächst vertraglich vereinbart werden, ebenso die nächste Eskalationsstufe über die sogenannte "First Level Fixing Rate" hinaus: Das Problem wird an den Systemprogrammierer beziehungsweise Softwarehersteller weitergegeben, um eine möglichst schnelle Fehlerbehebung zu erreichen.

Für das Unternehmen ist es hier wichtig, den Unterschied zwischen Reaktionszeit und Fehlerbehebungszeit zu kennen. Während die erste Variante nur ein Tätigwerden ohne einen geschuldeten Erfolg meint, garantiert eine Fehlerbeseitigungsfrist zu einem bestimmten Zeitpunkt nach Öffnung eines "Fehler-Tickets" die Fehlerbehebung. Wegen der vorzuhaltenden Manpower ist für den Dienstleister die zweite Variante naturgemäß die kostenintensivere. Allerdings muss das Unternehmen kalkulieren, wie hoch die Opportunitätskosten im Falle eines Stillstands über mehrere Stunden oder gar einen Tag zu Buche schlagen.

Anpassung an Veränderungen

Ist die Software nebst Anpassung und Zusatzmodulen erfolgreich installiert, gilt es für die nächsten Jahre dieses Ergebnis bestmöglich zu bewahren. Gleichzeitig ist die Anpassung an gesetzliche und regulative Vorgaben (Stichwort Compliance) sicherzustellen.

Da in den letzten Jahren Implementationsleistungen für Standsoftware mit Zusatzmodulen als Folge des zunehmenden Wettbewerbs häufig günstig verhandelt werden konnten, versuchen Dienstleister nicht selten über SLAs, Änderungsverlangen (Change Request) oder die preisliche Neufestlegung von SLA-Konditionen wieder Geld einzuspielen.

Das Unternehmen hat daher mit Blick auf den Investitionsschutz durch vertragliche Festlegungen darauf zu achten, dass ein Anbieter die Pflegekonditionen nicht nach

eigenem Belieben festsetzen kann. Das kann zum Beispiel passieren, wenn ein SLA-Vertrag eine Laufzeit von drei Jahren hat und danach vom Systemhaus gekündigt wird. Wenn die Applikation als geschäftskritisch einzustufen ist, ist das Unternehmen auf weitere Pflege angewiesen und hat dann keine andere Wahl, als nahezu jede Preiskondition zu akzeptieren.

Kein Kontrahierungszwang

Allerdings besteht in der Regel kein Kontrahierungszwang, das heißt, ein Systemhaus muss keinen Anschlussvertrag zu "angemessenen Konditionen" abschließen. Ausnahmen sind allenfalls aus kartellrechtlichen Gründen denkbar. Für Unternehmen gilt deshalb, hier frühzeitig Vorsorge zu treffen. Dies sollte noch zu einem Zeitpunkt erfolgen, zu dem es das Unternehmen aufgrund der Verhandlungskonstellation in der Hand hat, auch hier für sich günstige Konditionen zu verhandeln.

Beispielsweise kann verhandelt werden, dass für die Festsetzung der SLA-Vergütung (nur) eine Preisindizierung erfolgt und im Rahmen des SLA gleichzeitig das ordentliche Kündigungsrecht des SLA-Erbringers ausgeschlossen wird; auch kann eine solche Indexklausel nach oben beschränkt werden.

Eine Alternative hierzu ist die Vereinbarung einer Benchmarkingklausel, wonach die Angemessenheit der Bepreisung der Services durch einen neutralen Sachverständigen festgelegt wird. Diese Klausel hat den Vorteil einer besseren Dynamik in der Anpassung, gleichzeitig aber den Nachteil der Kosten für den Benchmarker von nicht selten 10.000 bis 20.000 Euro aufwärts. Letzterer lohnt sich daher nur bei größeren Vertragsvolumina.

Ein Unternehmen kann sich auch dadurch vor Ungemach schützen, dass für den Fall, dass das Systemhaus die Pflege nicht zu angemessenen Konditionen anbietet, das Unternehmen einen Anspruch auf Herausgabe des (gut kommentierten) Quellcodes hat, sodass eine Pflege selbst erfolgen kann.

Quellcodehinterlegung

Ganz wichtig und nach der neueren Rechtsprechung des BGH zu berücksichtigen ist ein Investitionsschutz, indem eine Quellcodesicherungs-/Hinterlegungsklausel aufgenommen wird, wonach das Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen den Quellcode zur Bearbeitung, aber auch zur Fortentwicklung erhält.

Geht nämlich beispielsweise ein Dienstleister, der eine proprietäre Softwareanwendung oder eine individuelle Zusatzprogrammierung auf Objektcodebasis geliefert hat, in Insolvenz, wird diese Firma gegebenenfalls durch den Insolvenzverwalter liquidiert. Erfolgt auch keine Übertragung der Softwarerechte auf Dritte, endet die Pflege des Softwareprodukts (End-of-Life) mit dem Ergebnis, dass das Unternehmen früher oder später die Software nicht mehr nutzen kann; Gleiches gilt für die generelle Einstellung der Softwarepflege.

Vertragstechnisch löst man diese Problematik dadurch, dass für bestimmte Fälle der Schlechtleistung und Schlechterbringung, End-of-Life sowie auch für den Fall der

Insolvenz ein Anspruch auf Herausgabe des bei einem Escrow-Agenten hinterlegten Quellcodes besteht. Dieser Escrow-Agent tritt als Treuhänder auf und übergibt den Quellcode erst dann, wenn bestimmte vertraglich fixierte Bedingungen eintreten. Gleichzeitig muss bereits ein dingliches Anwartschaftsrecht durch aufschiebend bedingte Herausgabe des Quellcodes und Einräumung entsprechender Bearbeitungs- und Fortentwicklungsrechte für den Hinterlegungsfall vereinbart werden, um eine Insolvenzfestigkeit dieser Regelung zu erreichen. Häufig wurden in der Vergangenheit vor der Rechtsprechung des BGH vom 17.11.2005 (Az.: IX ZR 162/04) eher schuldrechtliche Ansprüche auf Herausgabe des Quellcodes vereinbart, die mangels dinglicher Wirkung nicht insolvenzfest waren.

Da es sich beim Quellcode um ein Kern-Know-how handelt, tun sich Softwareunternehmen schwer, eine solche Klausel zu akzeptieren. Bei näherer Erläuterung der Situation und des Investitionsschutzes, insbesondere der Entscheidung für eine proprietäre und gegebenenfalls nur von einem kleineren Unternehmen angebotenen Anwendung, dürfte hier regelmäßig professionelles Verständnis zu erwarten sein.

Zusammenzufassen ist, dass die Entscheidung über die Anschaffung einer Software nicht allein mit deren Implementierung erledigt ist. Vielmehr muss sich ein Unternehmen bereits vor Abschluss eines Projektvertrags mit der Frage auseinandersetzen, wie es die Investition geschäftskritischer IT-Anwendungen langfristig schützt.

10. Rücktritt vom Kauf wegen falscher Bedienungsanleitung

Internet World Business 21-2006, Seite 10

Das OLG München verurteilte einen Hersteller zur Rückabwicklung eines Kaufvertrags wegen einer unvollständigen beziehungsweise fehlerhaften Bedienungsanleitung. Die Kaufsache an sich wies keinen Fehler auf (OLG München, Az.: 6 U 4082/05 – nicht rechtskräftig).

Das vollständige Fehlen einer Bedienungsanleitung kann nach der Rechtsprechung einen Sachmangel darstellen und führt bei Handbüchern für Software dazu, dass eine Kaufpreiszahlung zurückgehalten werden kann. Der Bundesgerichtshof geht sogar teilweise davon aus, dass die Leistung erst gar nicht vollständig erfüllt wurde (BGH CR 1998, 393).

Die Münchner Richter urteilten in Erweiterung der diesbezüglichen Rechtsprechung, dass nichts anderes gelten könne, "wenn eine Bedienungsanleitung zwar vorhanden ist, aber wegen erheblicher Lücken ihren Zwecken nicht genügt". Für die Wirksamkeit des erklärten Rücktritts komme es somit nicht darauf an, dass ein Fehler in der Bedienungsanleitung gerügt wurde. Vielmehr reiche es aus, "dass die Symptome des Mangels angegeben" wurden.

Praxistipp:

Die Münchner Entscheidung bestätigt die weitreichende Haftung des Herstellers nicht nur für Mängel an einer Kaufsache selbst, sondern auch für die Bedienungsanleitung.

11. Eigener Server, eigenes Risiko

Internet World Business, 07/06, Seite 14

Mangelnde IT-Sicherheit kann für den Geschäftsführer auch Haftungsfolgen haben

Das Amtsgericht Gelnhausen verurteilte einen Anbieter von Webhosting-Dienstleistungen, auf dessen Server es durch so genannte Distributed-Denial-of-Service-Attacken (DDOS) zu erhöhtem Traffic kam. Die Klägerin, die dem beklagten Webhoster für dessen Server eine Internet-Verbindung zur Verfügung stellte und nach Datenvolumen abrechnete, verklagte diesen auf Zahlung der durch den DDOS-Angriff verursachten Mehrkosten für den Datentransfer von zusätzlichen 57 Gigabyte.

Das Gericht stellte zutreffend fest, dass der Server im Risikobereich des beklagten Webhosting-Anbieters liegt. Es sei seine Aufgabe, den erhöhten Datentransfer zu unterbinden und die Attacken zu stoppen. Im Übrigen könne er auch Rückgriff auf die Verursacher der Angriffe nehmen (Az.: 51 C 202/05). Das Gericht unterstrich damit die Verantwortung des Betreibers eines eigenen Servers für dessen IT-Security.

Geschäftsführer haftet persönlich

Möchte ein Unternehmen den Vorteil eines komplett eigenen Servers nutzen, anstatt sich einfach irgendwo einen Webspace zu mieten, trägt es auch das Risiko fehlerhafter Sicherheitseinstellungen. Generell gilt, dass nicht nur ein Unternehmen für die Sicherheit seiner IT-Infrastruktur verantwortlich ist, sondern dessen Organe wie Geschäftsführer oder Vorstand auch persönlich in die Haftung genommen werden können. Eine solche Haftung kommt dann in Betracht, wenn ein Geschäftsführer/Vorstand sich nicht um die Sicherheit seines Unternehmens kümmert, insbesondere Organisationspflichten nicht beachtet. Da die Unternehmens-IT regelmäßig als geschäftskritisches System zu bewerten sein dürfte, haben Führungspersonen diese zu schützen und müssen vor allem technische Maßnahmen zumindest nach dem Stand der Technik umsetzen lassen.

Dazu gehört beispielsweise ein Sicherheitskonzept, das nicht nur den unmittelbaren Schutz von Systemen, sondern auch deren Wiederherstellung im Katastrophenfall beinhaltet. Herauszuheben ist, dass in Aktiengesellschaften die Beweislast für die Einhaltung der Organisationspflichten gemäß § 93 Abs. 2 S. 2 AktG den Vorstand trifft, sodass dieser den Entlastungsbeweis eines ordnungsgemäßen Risiko-Managements im Haftungsfall anzutreten hat. Sonst droht persönliche Haftung.

Outsourcing als Lösung

Einen Ausweg aus dieser Situation bietet Outtasking beziehungsweise Outsourcing. In diesem Fall wird die Sicherheitsadministration durch ein spezialisiertes Unternehmen durchgeführt. Der Vorteil einer Verlagerung an spezialisierte Dritte liegt darin, dass sich das Unternehmen auf sein Kerngeschäft konzentrieren kann und weniger Personal für die IT-Security vorzuhalten hat. Wichtig ist dann allerdings die jeweiligen Service-Level, unter denen eine solche Dienstleistung erfolgt, vertraglich genau zu definieren, sodass im Falle eines Angriffs, der durch Versäumnisse des IT-Security-Dienstleisters nicht unterbunden wird, bei diesem Regress genommen werden kann.

Zudem sind im Vertrag zwischen Unternehmen und IT-Dienstleister Regelungen festzulegen, die dem Management jederzeit die Kontrolle und im Falle von Finanzdienstleistungen außerdem auch Weisungsrechte nach § 25a Kreditwesengesetz garantieren.

12. HTML-Seiten sind kein Computer-Programm

Internet World Business, 13/05, Seite 10

Das OLG Frankfurt wies die Klage eines Jobportals gegen einen Mitbewerber wegen der Übernahme von 15 Stellenanzeigen ab, da diesen kein Schutz zukäme (Az.: 11 U 64/04). Die Klägerin hatte die Anzeigen nach den Vorgaben eines Kunden erstellt, der das danach beklagte Jobportal beauftragte, diese Anzeigen ebenfalls zu schalten. Die Beklagten kopierten die Anzeigen von den Seiten der Klägerin per „copy&paste“ auf ihre Seiten, wogegen sich die Klägerin wandte.

Urteilsanalyse

Das Gericht verneinte eine Sonderrechtsschutz aus Urheberrecht als Ansprüche aus Wettbewerbsrecht. Da die Anzeigen selbst unproblematisch mangels „schöpferischer Eigenart“ kein Werk i.S.d. § 2 UrhG darstellen, war zu prüfen, ob ein Schutz als Computerprogramm, Datenbankwerk oder Datenbank in Betracht kommt. Insbesondere der Schutz als Computerprogramm wurde abgelehnt, da der HTML-Code als „bloßes Hilfsmittel zur Kommunikation einer vorgegebenen Bildschirmgestaltung“ genutzt würde. Wettbewerbsrechtliche Ansprüche bestanden nach Auffassung der Richter nicht, da es bei den Anzeigen an der wettwerblichen Eigenart „zur Erweckung von Herkunftsvorstellungen“ fehlte.

Praxistipp:

Herauszustreichen ist die vielfach zu lesende Fehlinterpretation des Urteils, wonach „copy&paste“ von Webseiten zulässig sei. Genau das Gegenteil ist der Fall, wie das OLG in seinen Urteilsgründen auch deutlich macht. In dem konkret zu entscheidenden Fall ging es (nur) und im wesentlichen um die Frage, ob dem HTML-Code selbst ein eigenständiger Schutz als Computerprogramm zukämme, den das

Gericht zutreffen ablehnte. Wer dagegen fremde schutzfähige Inhalte kopiert muss nach wie vor mit Konsequenzen von Unterlassung, Schadensersatz aber auch Strafanzeigen rechnen.

13. Nach draußen

Internetworld 11/04, Seite 42f.

IT-Outsourcing - Auslagerung vertraglich Regeln

IT-Outsourcing bedeutet abstrakt erst einmal, dass bestimmte EDV-Leistungen auf einen externen Dienstleister übertragen werden. Das Spektrum reicht dabei von einzelnen Funktionsbereichen wie Webservices über die Auslagerung der kompletten IT-Abteilung eines Unternehmens bis hin zum vollständigen Verlagern gesamter Geschäftsprozesse – das sog. Business Process Outsourcing (z.B. Gehaltsabrechnung). Die beiden letztgenannten Komplettlösungen weisen regelmäßig komplexe Regelungsgehalte auf, wobei Steuerrecht, Datenschutzrecht und nicht zuletzt auch Arbeitsrecht im Rahmen eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB zu berücksichtigen sind. Im Hinblick auf die daraus zu beachtenden vielfältigen Gesichtspunkte soll dieser Beitrag sich auf die wesentlichen EDV-spezifischen Aspekte bei der Vertragsgestaltung beschränken.

Ziel eines IT-Outsourcing ist vor allem die Reduktion von Kosten, die sich insbesondere aus eingesparten Kosten von Personal und den wegfallenden Vorhaltekosten für den Rechenzentrumsbetrieb ergeben; Ressourcen einer internen IT müssen so skaliert werden, dass auch Leistungsspitzen abgefangen werden können, wodurch fortlaufend Investitionen zu tätigen sind. Zudem soll durch eine auf den Stand der Technik gehaltene IT die Verfügbarkeit bestmöglich sichergestellt werden.

Da ein Outsourcingvertrag – anders als ein (einmaliger) Vertrag über die Erstellung von Individualsoftware - eine langfristige Bindung und damit auch Abhängigkeit der Kunden vom Outsourcingnehmer (ON) begründet, bedarf es für das Zusammenspiel einiger grundlegender Bestimmungen, um ein längerfristiges „vertragen“ zu gewährleisten.

Als erstes muss der Vertragsgegenstand selbst sehr genau definiert werden. Zu regeln ist, welche Elemente (Mitarbeiter, Hardware, Software) vom Kunden auf den ON übergehen. Neben den hier aus Platzgründen nicht näher behandelten Normen zum Betriebsübergang nach § 613a BGB haben sich die Vertragsparteien z.B. zu vergewissern, ob auch Softwarelizenzen auf den ON übertragen werden dürfen, da hier teilweise wirksame Weitergabebeschränkungen bestehen.

Genauso wichtig ist es, die Phase des Übergangs – die sog. Transition – zeitlich festzulegen und herauszuarbeiten, welcher technischen Vorraussetzungen es hierfür bedarf und vom wem diese wie wann bereitzustellen sind. Gleichbedeutend ist die Qualitätssicherung und das Abnahmeprocedere der Leistung sowie die Gewährleistung.

Die einzelnen Leistungselemente werden hierbei in Leistungsscheinen als Vertragsanlagen definiert, wobei der Festlegung der Service-Inhalte – das sog. Service-Level-Agreement (SLA) – eine zentrale Rolle für einen möglichst fehlerfreien Betrieb zukommt.

In einem solchen SLA, wie es aus Software-Wartung und –Pflege bekannt ist, werden etwa Parameter wie Verfügbarkeit, Servicezeiten, Fehlermanagement und Eskalationsverfahren sowie Monitoring/Reporting zusammen mit einem Überprüfungsrecht des Kunden über die (nicht-)erbrachten Services geregelt.

Für den Kunden kommt es im Ergebnis darauf an, dass die Applikationen laufen. Wie der ON dies anstellt, muss nicht unbedingt definiert werden, so dass anstelle der Regelung über die Verfügbarkeit einzelner Komponenten auch eine sog. End-to-end-Verfügbarkeit vereinbart werden kann, wonach sich der Kunde eine Gesamtverfügbarkeit von Servern, Client, LAN, WAN, SAN etc. garantieren lässt.

Als Gegenüber zur Leistung ist die Vergütung zu regeln. Üblich sind hier Basiskosten, die als Einmalwert die Transition und ansonsten monatliche Entgelte für die Wartungs- und Pflegeleistungen nach dem SLA enthalten.

Ergänzt werden können diese festen Preise zum einen durch geschäftsvorfallbezogene Entgelte, beispielsweise Anrufe (Calls) für das User-Help-Desk sowie ein Bonus-/Malus-Prinzip bei Nichterreichen oder auch Überperformance bzgl. der vereinbarten Leistungsparameter des SLA. Beispiel: Erreicht das vom ON betriebene System anstelle einer Verfügbarkeit von 97% im Monat nur 95%, kann hier eine absolute oder prozentuale Minderung der Monatsvergütung vereinbart werden.

Ein Kunde sollte sich hier darüber bewusst sein, dass der ON nichts umsonst vergibt; d.h. je höher die Ansprüchen an Verfügbarkeit und SLA sind, desto höher sind auch die kalkulierten Kosten des Basispreises, da der ON wiederum Ressourcen für die Abarbeitung von Fehlern vorzuhalten hat. Bei einem Webshop ist die Verfügbarkeit von großer Bedeutung, da während der „Downtime“ kein Umsatz generiert werden kann. Hier kann auch neben der monatlichen Verfügbarkeit als relativer Wert zusätzliche ein absoluter Zeitrahmen vereinbart werden: …garantiert eine monatliche Verfügbarkeit von 98% und maximale Dauer eines einzelnen Ausfalls von nicht länger als 2 Stunden“ (2% Downtime pro Monat am Stück entsprechen rund 14 h).

Vor dem Hintergrund der oft langjährigen Bindung der Vertragspartner – meist fünf Jahre oder mehr, um zu einer Amortisation der Outsourcingkosten zu gelangen – wird der Kunde sich regelmäßig ein Recht zum Preis-Benchmarking einräumen lassen, das eine Preisüberprüfung und –anpassung vorsehen kann. In einer Vielzahl unterschiedlicher „Spielarten“ kann ein Kunde nach vorgegebenen Zeiträumen Preise für einzelne, ausgewählte oder sämtliche Leistungen des ON auf deren Wettbewerbsfähigkeit überprüfen lassen. Dies geschieht entweder durch Beratungshäuser oder im Wege eines Konkurrenzangebotes durch Wettbewerber des ON. Ist das Ergebnis für den Kunden günstiger, wird entweder eine automatische Preisanpassung oder ein Sonderkündigungsrecht, wenn der ON dem Preisanpassungsverlangen nicht nachkommt, vereinbart.

Weiterhin von großer wirtschaftlicher Bedeutung ist das Verfahren bei Änderungen, das sog. Change-Request-Management. Die o.a. längeren Vertragslaufzeiten bringen mit sich, dass nicht alle zukünftigen Leistungen und Änderungen

berücksichtigt werden können. Daher ist ein Verfahren zu etablieren, das sowohl Preise als auch das Verfahren im Nichteinigungsfalle bestimmt.

Je nach Umfang des Änderungsverlangens sind entweder die jeweiligen Projektleiter zur Entscheidung oder die nächst höhere Stufe in Form des von beiden Vertragsparteien besetzten Steuerungskomitees berufen. Lässt sich hier keiner Einigung erzielen, empfiehlt es sich Regelung einerseits zu treffen, die eine Eskalation an ein sachverständiges Schiedsgericht bestimmen, andererseits die Projektfortführung sicherstellen. So lässt sich beispielsweise festlegen, dass bei einem Streit über die Vergütungshöhe das Projekt zu dem Konditionen des ON bis zu einer Entscheidung durch das Schiedsgericht fortgeführt wird und sodann von sachverständigen Schiedsrichter festgesetzte Preis für beide Seiten bindend ist.

Abschließend sollten auch Regelung für den Fall der Vertragsbeendigung getroffen werden, da seitens des ON umfangreiche Unterstützungsmaßnahmen für die Übertragung auf einen Dritten oder ein Backsourcing erforderlich sind, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses leichter zu verhandeln sind als nach Kündigung. Die übrigen Regelungen wie Haftung entsprechen weitestgehend den bei Softwareverträgen (siehe dazu Software-Verträge, Internetworld 7/04, S. 48 – 50).

14. Open Source, aber nicht frei

Internetworld 10/04, Seite 16

Das Landgericht München entschied Mitte Mai diesen Jahres, dass Open-Source-Bedingungen wie die General Public License (GPL) auch nach deutschem Recht grundsätzlich wirksam sind und ein Verstoß dagegen eine Urheberrechtsverletzung darstellen kann (Az. 21 O 6123/04). Im konkreten Fall hatte der Hersteller eines WLAN-Routers die unter der GPL stehende Software „netfilter/iptables“ auf seiner Homepage zum Download angebotenen, ohne jedoch auf den Lizenztext der GPL hinzuweisen, diesen Text beizufügen sowie den Sourcecode lizenzgebührenfrei zugänglich zu machen.

Da diese Verpflichtung jedoch jeden trifft, der Open-Source-Software (OSS) bearbeitet, kopiert oder weiterverbreitet, wurde dies als Verstoß gegen die GPL angesehen und als Lizenzverlust nach § 4 GPL bewertet.

Das Urteil des Landgerichts München bestätigt damit zum Einen, dass auch OSS urheberechtlichen Beschränkungen unterliegt, zum Anderen gibt es Anlass, sich mit speziell für Entwickler relevanten Themen wie Haftung und Urheberrecht auseinander zusetzen.

Vorab ist klar herauszustellen, dass OSS, wie z.B. Linux, nicht völlig frei von Urheberrechten ist, wie dies teilweise kommuniziert wird. Unter „frei“ ist insoweit die kostenlose Nutzung, freie Bearbeitung und Weitergabe zu verstehen, die jedoch immer zwingend an die Voraussetzungen der anwendbaren GPL und deren Einbeziehung gebunden ist. Dem Nutzer werden üblicherweise einfache Nutzungsrechte eingeräumt, die insbesondere das Bearbeiten, Kopieren und Verbreiten des Quelltextes erlauben. Ebenso üblich ist die Ausgestaltung von US-amerikanischen GPL, wonach jede angefertigte und verbreitete Kopie einen Copyrightvermerk, einen Gewährleistungs- und Haftungsausschluss sowie den Text

der GPL zu enthalten hat. Zudem muss der Sourcecode lizenzentgeltfrei zugänglich sein.

Bei dem aus dem US-amerikanischen Recht herrührenden Vertragsmodell steckt bei der Umsetzung dieser Bedingungen unter deutschen Recht der Teufel im Detail. Der speziell bei US-amerikanischen GPL kodifizierte Haftungsausschluss ist nach deutschem AGB-Recht regelmäßig unwirksam. Dies hat zur Folge, dass derjenige, der Software unter deutschem Recht GPL-konform weitergibt, ggf. vollumfänglich haftet. Gleiches gilt bei Bearbeitung von OSS für einen Auftraggeber. Der Auftragnehmer hat indes einerseits nach der GPL für OSS die Haftung auszuschließen. Andererseits wäre ein solcher Ausschluss nach deutschen AGB-Recht unwirksam, sodass der Entwickler nach den gesetzlichen Bestimmungen (voll) haftet, im Verhältnis zum Urheber aber häufig keine Ansprüche wegen fehlerhafter OSS hat, da der Haftungs- und Gewährleistungsausschluss nach ausländischem Recht zwischen Urheber und Entwickler wirksam sein kann.

Dies bedeutet im Ergebnis, dass der Entwickler, der OSS einsetzt, sich nicht nur über Funktionalität, sondern auch über Fehler unterrichten muss, um gegenüber seinem Auftraggeber keine böse Überraschung zu erleben. Verstößt der Lizenznehmer ferner gegen seine Pflichten, erlöschen – wie im Fall des LG München - seine Nutzungsrechte.

Ein weiterer wichtiger Aspekt in diesem Zusammenhang ist die Verbindung und Vermischung von selbst entwickelter Software mit Bestandteilen von OSS.

Open-Source in neuer Software

Ziel ist es häufig, Investitionen in Softwareentwicklung durch eine kommerzielle Verwertung der Software wieder zurückzuholen. Soweit der Entwickler aber Programmbestandteile von OSS einsetzt, d. h. den OSS-Sourcecode bearbeitet und weiterentwickelt, greift wiederum die GPL mit der Folge, dass sowohl die Weitergabe gegen Lizenzentgelt untersagt ist, als auch der Bearbeiter den neuen Quellcode frei verfügbar zu offenbaren hat. Die GPL greift dabei unabhängig davon, in welchem Verhältnis der Umfang der Eigenentwicklung zum Gesamtprogramm oder dessen Funktionalitäten steht. Dies hat wiederum zweierlei wichtige Konsequenzen: Erstens erhält der Auftraggeber keine rechtefreie Software; vielmehr unterliegt diese vollumfänglich den GPL. Dies stellt bei der vertraglichen Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte einen Rechtsmangel dar. Zweitens folgt aus der Verpflichtung zur Offenbarung des Sourcecode, dass auch spezielles Know-how, das in die Entwicklung der bearbeiteten Software eingeflossen ist, zugänglich wird.

Etwas anderes kommt nur dann in Betracht, wenn der GPL-Code nicht unmittelbar integriert wird, sondern eine Koppelung über Schnittstellen erfolgt. Diese Ausnahme gilt, wenn einzelne abgrenzbare Bestandteile des Gesamtprogramms nicht vom GPL-Programm abgeleitet sind und „vernünftigerweise“ als unabhängige und gesonderte Werke angesehen werden können. In rechtlicher Hinsicht besteht hier das Risiko, dass die Abgrenzung fließend ist (Schnittstelle oder „Workaround“) und die Beurteilung bzw. Code-Interpretation durch einen Sachverständigen zu erfolgen hat. Gleichzeitig fehlt es diesbezüglich in den USA wie in Deutschland an Rechtsprechung, sodass mangels Rechtssicherheit der diesbezügliche Investitionsschutz ebenso gering ist.

Fazit ist somit, dass jeder, der die Vorzüge von OSS für sich in Anspruch nehmen möchte, sich gleichzeitig mit den rechtlichen Risiken auseinander zu setzen hat.

X. Rechte und Risiken in Social Networks

1. Teil 1: Twitter und Paragrafen

Internetworld 24/09, Seite 30

Social Communitys wie Facebook, Twitter und Co. halten für Unternehmen neue Möglichkeiten, aber auch neue rechtliche Herausforderungen bereit

Als am 27. September 2009 zwei Stunden vor Schließung der Wahllokale Prognosen über den Ausgang der Bundestagswahl auf Twitter erschienen, wurde deutlich, dass auch Social Media kein rechtsfreier Raum sind: Die Behörden nahmen Ermittlungen gegen Unbekannt wegen des Verdachts auf Verstoß gegen das Bundeswahlgesetz auf – eine Strafe von 50.000 Euro stand im Raum. Und wie eine Studie des Bundesverbraucherministeriums zeigt, können kompromittierende Fotos und Beiträge auf Facebook und Co. für Einzelpersonen gravierende Folgen haben: Aktuelle, vor allem aber zukünftige Arbeitgeber suchen gezielt nach personenbezogenen Informationen im Netz. Inzwischen sind immer mehr namhafte Unternehmen in Twitter, Facebook und anderen Social Communitys vertreten. Daraus ergeben sich zahlreiche rechtliche Fragen, deren Beantwortung für die Rechtsprechung teilweise Terra incognita darstellt.

Im ersten Teil der dreiteiligen Serie "Recht und Social Media" widmen wir uns unternehmerischen Themen wie Impressumspflicht und Wettbewerbsrecht. Im zweiten Teil folgen Themen rund um Meinungsäußerungen, Veröffentlichung von Bildern, Videos und Datenschutz. Der dritte Teil beinhaltet die praktische Durchsetzung von Rechten in Social Communitys – und gibt Tipps für das richtige Vorgehen dabei.

Impressum

Lebhaft in der juristischen Diskussion thematisiert ist derzeit die Frage, ob und wie bei einer eigenen Twitter-Seite ein Impressum gemäß § 5 Telemediengesetz (TMG) erforderlich ist. Analysiert man die Kriterien des § 5 TMG für eine Impressumspflicht, spricht viel dafür, dass jedenfalls "geschäftsmäßige Angebote" ein Impressum benötigen. Doch im Einzelfall dürfte die Abgrenzung zwischen privat und gewerblich bei Twitter ähnlich schwer fallen wie bei eBay: Twittert der CEO als Privatperson oder geschäftlich als Teil der Marketingstrategie? Hier wird es sowohl auf die Gestaltung (Corporate Identity) als auch auf den Inhalt der Tweets ankommen. Im Zweifel dürfte bei Tweets, die mit dem Unternehmen zu tun haben und zumindest das Image fördern (sollen), von einer Geschäftlichkeit auszugehen sein.

Wo und wie ist nun ein Impressum angesichts der limitierten Möglichkeiten auf der Twitter-Seite zu platzieren? Wendet man die BGH-Rechtsprechung zum "Zwei-Klick-Impressum" (Az. I ZR 228/03) auf Twitter an, so dürfte man zu dem Ergebnis gelangen, dass ein klarer Hinweis in einem grafischen Hintergrundbild (siehe Beispiel

unten), jedenfalls aber eine Verlinkung in den Twitter-Angaben ausreicht, um der Impressumspflicht zu genügen. Zu erwarten ist jedoch, dass Abmahner den Link zu der jeweiligen Homepage des Unternehmens als nicht ausreichend erachten werden, da zum einen ein Domain-Wechsel erforderlich ist und zum anderen das Feld "Web" oder "Bio" nicht zwingend darüber Auskunft erteilt, ob sich dahinter auch ein Impressum verbirgt. Zu empfehlen ist daher ein deutlicher Verweis auf das Impressum im "Bio"-Feld. Eine endgültige Klärung dieser Problematik wird wohl erst durch entsprechende Gerichtsurteile herbeigeführt werden – oder durch eine Erweiterung der entsprechenden Eingabefelder auf der Twitter-Seite.

Wettbewerbsrecht

Wenngleich 140 Zeichen eigentlich ein eher überschaubarer Raum für Rechtsverletzungen sein sollten, lassen sich auch auf diese Weise wettbewerbsrechtliche Verletzungshandlungen begehen. Von Bedeutung sind hier zum einen irreführende oder vergleichende Behauptungen, die sich teilweise auch aus der Knappheit der Wortwahl ergeben können.

Wer behauptet, der Größte, Beste oder Schnellste zu sein, hat diese Alleinstellungsbehauptung zu beweisen und sieht sich Unterlassungsansprüchen von Mitbewerbern ausgesetzt. Das kann vor allem dann schnell zum Problem werden, wenn Mitarbeiter im Namen des Unternehmens twittern. Hier werden gegebenenfalls auch Aussagen über andere Mitbewerber getroffen, die von der Rechts- und Marketingabteilung des Unternehmens nicht freigegeben worden wären. Wie immer im Bereich der externen Unternehmenskommunikation empfiehlt sich die Einführung klarer Richtlinien, neudeutsch "Twitter-Policy".

Werbung auf Twitter

Vergleichsweise ungesichert ist derzeit auch die Rechtslage für Werbebotschaften auf Twitter. Während die unaufgeforderte Zusendung von E-Mails ohne ein Tätigwerden des Empfängers erfolgt, haben sich Follower immerhin bei dem Inhaber eines Twitter-Accounts für dessen Tweets angemeldet. Handelt es sich hierbei um einen geschäftsmäßigen Anbieter wie Unternehmen oder Selbstständige, so muss der Follower damit rechnen, dass auch mehr oder minder offen Werbung übermittelt wird. Überträgt man hier die Grundsätze des Opt-In-Verfahrens entsprechend strikt, wäre denkbar, dass ein Twitterer gegenüber seinen Followern zunächst darauf hinweisen müsste, dass auch Werbung erfolgt. Angesichts der Unkontrollierbarkeit der stetig wachsenden Zahl an Followern stellt sich dann allerdings die Frage, wie dieser Aspekt zu berücksichtigen sein soll, insbesondere in welchem Turnus dies erfolgen sollte. Allein diese Frage zeigt schon, wie wenig sachgerecht eine enge Auslegung wäre, sodass viel für die Auffassung spricht, dass Werbung per Tweet zulässig ist, wenn für einen Follower die kommerzielle Zielrichtung ohne Weiteres ersichtlich ist und er sich dafür entscheidet (Opt-In). Dennoch muss hier auf die restriktive Rechtsprechung des BGH zu Werbe-E-Mails (BGH, Az. I ZR 218/07) hingewiesen werden, sodass zumindest "Abmahnpotenzial" gegeben ist. Höchst bedenklich dürfte es dagegen sein, durch Dritte werben zu lassen, analog zur E-Card-Rechtsprechung (etwa OLG Nürnberg, Az. 3 U 1048/05; LG Berlin Az. 15 S 8/09). Gemeint sind hier Versender, die denjenigen die Teilnahme an einer

Verlosung oder Ähnliches versprechen, die ihre Werbebotschaft an Follower verteilen. Ähnliche Modelle gibt es auf Facebook. Ob sie nach deutschem Recht zulässig sind, wird zu klären sein.

Markenrecht und Account-Namen

In der Berufspraxis des Autors sind bereits Rechtsverletzungen durch Reservierung – also Grabbing – des entsprechenden Twitter-Namens vorgekommen. Während dies beispielsweise bei Prominenten über das Namensrecht gemäß § 12 BGB gegenüber deutschen Gegnern zu lösen ist, bedarf es schon bei der Anwendung von Markenrecht gegebenenfalls erheblicher Begründungsaufwände, eine Rechtsverletzung zu belegen. Bei einer Durchsetzung von Twitter als Kommunikationskanal ist zu erwarten, dass die gesamte Bandbreite des sogenannten Domainrechts entsprechend anzuwenden sein wird. Dies bedeutet, dass regelmäßig nur Ansprüche auf Unterlassung oder Löschung, selten aber auf Übertragung in Betracht kommen. Gleichzeitig kann ein Unternehmen wegen eines "gegrabbten" Twitter-Namens – auch diese sind als Teil einer URL ja nur einmal zu vergeben – nur im Fall eines geschäftsmäßigen Handels und nur bei Verwechslungsgefahr oder Rufausbeutung Ansprüche durchsetzen.

Die Sache wird bedeutend schwieriger, wenn es sich um Sachverhalte mit Auslandsbezug handelt. Denn im Gegensatz zum Inhaber einer Domain kann der Inhaber eines Twitter-Accounts anonym bleiben. Außerdem wurden für Streitfälle wie diesen noch keine UDRP-Verfahren (URL Dispute Resolve Policy) etabliert. Mehr zu dieser Problematik lesen Sie im Teil 3 dieser Serie.

Haftung für Links

Das Setzen von Links ist bei Twitter, Facebook und sonstigen Foren Bestandteil der Kommunikation, sodass auch hier die Grundsätze bezüglich der Haftung für rechtswidrige Links gelten. Hiernach haftet der den Link Setzende, wenn der Link zu rechtswidrigen Inhalten führt.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich für Unternehmer infolge der Vielzahl der durch die Rechtsprechung noch nicht beantworteten Rechtsfragen erhebliche Unsicherheiten und Risiken ergeben, die ein Unternehmen bei der Nutzung von Social-Network-Plattformen in vorstehendem Sinne berücksichtigen sollte.

Twitter: Wer braucht ein Impressum?

Jeder, der geschäftlich twittert, sollte zu einem Impressum verlinken. Zu empfehlen ist anstelle eines Links zu dem allgemeinen Impressum eine eigene Webseite für ein Twitter-Impressum. Der erforderliche Inhalt ergibt sich aus § 5 Telemediengesetz (TMG). Nicht erforderlich ist ein Impressum für Personen oder Unternehmer, die privat twittern. Die Abgrenzung kann im Einzelfall schwierig sein. Fraglich ist, ob ein Hintergrundbild ausreicht. Zum einen lassen sich Grafiken im Browser abschalten, zum anderen fehlen sie zum Beispiel in mobilen Anwendungen ganz.

Werbung in Social Media

Da es hierzu an Rechtsprechung mangelt, sind die Grundsätze zur E-Mail- und E-Card-Werbung heranzuziehen. Soweit die Werblichkeit eines geschäftsmäßigen Angebots ohne Weiteres ersichtlich ist, dürften Werbe-Tweets zulässig sein. Etwas anderes dürfte gelten bei Schleichwerbung oder Veranlassung Privater zur Verbreitung von Werbung, da deren Follower kein Opt-In erklärt haben.

2. Teil 2: Personenschutz im Web

Internetworld 25/09, Seite 32

Urheber- und Persönlichkeitsrecht gelten auch in Twitter, Facebook & Co. Problematisch ist jedoch häufig die praktische Durchsetzbarkeit

Nachdem im ersten Teil dieser dreiteiligen Serie vorwiegend Aspekte aus dem Bereich des "klassischen" gewerblichen Rechtsschutzes erörtert wurden, widmet sich der zweite Teil vor allem den Fragen rund um das Urheber- und Persönlichkeitsrecht.

Urheberrecht

Darf man Tweets, also Kurznachrichten aus Twitter, kopieren? Für Tweets dürften Urheberrechtsverletzungen mangels Schöpfungshöhe ausscheiden. Eine schutzfähige geistige Schöpfung wird angesichts der Zeichenbegrenzung kaum gegeben sein. Folgerichtig bedarf es grundsätzlich keiner Einwilligung für eine Nutzung von Tweet-Inhalten oder Re-Tweets.

Bei Beiträgen in anderen sozialen Netzwerken wie Facebook, Youtube oder StudiVZ gilt dies allerdings nicht. Hier fällt die Limitierung auf 140 Zeichen weg. Deshalb kommen nicht nur Texte, sondern vor allem Bilder, Musik und Videos als Gegenstand einer Urheberrechtsverletzung in Betracht. Bei der Nutzung fremder Werke bedarf es stets der Einwilligung des Rechteinhabers.

Insbesondere bei der Nutzung von Bildern sind das Urheber- und Leistungsschutzrecht genauso wie persönlichkeitsrechtliche Ansprüche zwingend zu beachten. Ein Foto unterliegt – selbst wenn es keine Schöpfungshöhe als urheberrechtlich geschütztes Werk besitzt – dem Leistungsschutzrecht gemäß § 72 Urheberrechtsgesetz (UrhG), sodass ein Bild ohne Einwilligung des Rechteinhabers nicht genutzt, geschweige denn weiterverbreitet oder vervielfältigt werden darf. Gleiches gilt entsprechend für jegliche Videos, zum Beispiel auch Sendungsmitschnitte auf Youtube. Die Tatsache, dass sich auf Youtube zahllose Videos finden, die aus dem Fernsehen übernommen wurden, bedeutet nicht, dass dies rechtmäßig geschieht.

Meinungen und Behauptungen

So alt wie das Publizieren selbst ist die Frage, ob und in welchem Umfang Institutionen und Personen sich gegen kritische oder gar ehrverletzende Äußerungen

wehren können. Speziell negative Äußerungen können für Unternehmen und Unternehmer von essenzieller Bedeutung sein.

Nach den Grundsätzen "klassisch" presserechtlicher Entscheidungen stellt sich in jedem Einzelfall einer kritischen Äußerung die Frage, ob es sich um eine überprüfbare Tatsachenbehauptung oder eine Meinungsäußerung handelt.

Während eine Tatsachenbehauptung nur wahre Tatsachen enthalten darf, geht das Spektrum der Meinungsfreiheit regelmäßig sehr weit, wenn es sich um Unternehmen oder Personen handelt, die im Lichte der Öffentlichkeit stehen. Wichtig zu wissen ist, dass sich Unternehmer und Unternehmen gegen unwahre Tatsachenbehauptungen wehren können und derjenige, der etwas behauptet, dies zu beweisen hat. Kann er den Nachweis nicht führen, steht der Straftatbestand der üblen Nachrede gemäß § 186 StGB im Raum. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass Behauptungen, die die Kreditwürdigkeit eines Unternehmens beeinträchtigen, neben Unterlassungsansprüchen sogar umfangreiche Schadensersatzansprüche nach § 824 BGB auslösen können.

In der Praxis prüfen Gerichte Äußerungen regelmäßig dezidiert darauf, ob das Publikum eine Äußerung als Meinungswiedergabe versteht. Bemerkenswert ist allen voran die jüngste Entscheidung des BGH über eine unterstellende Frage, die auch bei der Formulierung "Ich glaube, () das muss damit zusammenhängen, dass die Geschäfte nicht immer so sauber waren" die Meinungsfreiheit noch als gegeben ansah (BGH, Az.: VI ZR 19/08). Auch hat der BGH gerade die Äußerung "heute wird offen gelogen" im Kontext eines vermeintlich vom Chefredakteur des "Focus" geführten Interviews gebilligt (BGH, Az.: VI ZR 226/08).

Ferner ist im Rahmen des öffentlichen Meinungskampfes zu berücksichtigen, dass diejenigen, die von sich aus die Öffentlichkeit suchen, weniger schutzfähig sind (BGH, Az.: VI ZR 191/08) als bis dahin anonyme Personen, bei denen nicht einmal eine Namensnennung zulässig ist (OLG Hamburg, Az.: 7 W 56/07).

Noch nicht geklärt ist, inwieweit sich eine Person gegen eine Veröffentlichung im Ausland wehren kann. Der BGH hat diese Frage nach der internationalen Zuständigkeit der Gerichte für Unterlassungsklagen gegen Internet-Veröffentlichungen und Fragen des Herkunftslandprinzips jüngst dem EuGH zu Beantwortung vorgelegt (BGH, Az.: VI ZR 217/08).

Bilder und Videos

Persönlichkeitsrechtliche Aspekte gewinnen – über inhaltliche Fragen bei Texten hinaus – insbesondere bei der Verwendung von Bildern oder Videos erhebliche Bedeutung. Während bei Twitter (nur) eine Verlinkung mit Bildern und Videos geschieht, erfolgt der Upload bei sozialen Netzwerken wie Facebook, Youtube oder Flickr durch den jeweiligen Nutzer selbst.

Noch problematischer wird die Situation dann, wenn sich auf dem Bild identifizierbare Personen befinden, deren Einwilligung ebenfalls erforderlich ist, und bei professionellen Darstellern wie Models oder Schauspielern im Rahmen von Werbung die kommerziellen Aspekte der Vergütung zu berücksichtigen sind.

In diesem Zusammenhang ist auch anzumerken, dass es beispielsweise nicht zulässig ist, Besucher einer Diskothek pauschal einwilligen zu lassen, dass laufende Streams im Internet veröffentlicht werden (AG Ingolstadt, Az.: 10 C 2700/08). Die diesbezüglichen AGB, die eine solche Pauschaleinwilligung vorsahen, wurden als unwirksam bewertet.

Rückruf eigener Inhalte

Während das menschliche Gehirn über die Fähigkeit verfügt, ältere und unangenehme Erinnerungen zu vergessen, "merkt" sich das Internet sämtliche veröffentlichten Jugendsünden, über die sich Unternehmer und Personalberater immer häufiger bei Bewerbungen informieren.

Es geht somit um die Durchsetzung persönlichkeitsrechtlicher Ansprüche bei selbst bereitgestellten Inhalten. Wenn etwa ein Student in der Vergangenheit fragwürdige politische Inhalte zum Besten gegeben oder auf Youtube launige Videos vom Oktoberfest eingestellt hat, dann aber als Vorstand eines DAX-Unternehmens deren Löschung wünscht, stellt sich die Frage nach der Durchsetzbarkeit.

Als rechtliche Besonderheit ist hierbei zu beachten, dass Nutzungsrechteinhaber zwar durch das Löschen ihrer Accounts gleichzeitig eine Löschung der Bilder oder Videos durchsetzen können. Für die Zeit während der Account-Nutzung ergibt sich aber aus den Nutzungsbedingungen bei Facebook (Ziffer 2.1) oder aber auch für Videos bei Youtube (Ziffer 10.1) die Regelung, dass diesen Anbietern nicht-exklusive, übertragbare und unterlizenzierbare Rechte eingeräumt werden. Dies bedeutet zwar, dass Bilder oder Videos gelöscht werden können. Aufgrund des Rechts der Übertragbarkeit und Unterlizenzierbarkeit ist aber dann jedoch fraglich, wie ein Rechteinhaber noch eine Löschung durchsetzen soll (mehr dazu im nächsten Heft).

Als Anspruchsgrundlage für das Löschen von Inhalten dient hier das allgemeine Persönlichkeitsrecht genauso wie ein datenschutzrechtlicher Löschungs- beziehungsweise Sperrungsanspruch. Diese Ansprüche sind jedoch immer im Kontext der Nutzungsbedingungen (AGB) der Anbieter zu sehen. Das Spektrum solcher AGB reicht hier vom Recht der jederzeitigen Löschung bis zum kompletten Ausschluss der Ansprüche.

Inwieweit die Vereinbarung solcher Ausschlussrechte durch allgemeine Nutzungsbedingungen überhaupt zulässig ist, wird ebenfalls durch die Rechtsprechung zu beantworten sein. Sinnvoll wäre es in jedem Fall, dem Nutzer ein Recht zur Anonymisierung einzuräumen, sodass textliche Beiträge zwar vorhanden bleiben, der Autor indes anonymisiert wird.

Als weitere Facette offener Rechtsfragen wird zu klären sein, ob beziehungsweise wie lange (zulässig) in die Presse oder in Telemedien gelangte personenbezogene Informationen in Archiven bereitgestellt werden dürfen. Kann sich also ein Mörder als relative Person der Zeitgeschichte nach vielen Jahren gegen die Namensnennung in archivierten Beiträgen, Blogs oder Tweets wehren? Noch spannender wird dies bei im Ausland bereitsgestellten Artikeln, wenn beispielsweise die Meinungsfreiheit des amerikanischen First Amendment dem deutschen Grundrecht auf Resozialisierung gegenübersteht.

Haftung der Forenbetreiber

Nicht selten erfolgt die Rechtsverletzung durch einen anonymen Nutzer. Wendet man hier die entsprechende Forenrechtsprechung in Deutschland(!) an, so hat der Foren- beziehungsweise Plattformbetreiber im Falle offensichtlicher Rechtsverletzung den Beitrag oder gar den Nutzer zu sperren. Ebenfalls in Anwendung der bisherigen Rechtsprechung trifft Twitter oder Facebook grundsätzlich keinerlei Nachforschungspflicht. Dennoch urteilte der BGH, dass der Anbieter einer KochbuchWebsite "sich die von ihren Nutzern hochgeladenen Inhalte zu eigen gemacht" habe und daher auch auf Schadensersatz hafte, weil die "Beklagte nicht ausreichend geprüft habe, wem die Rechte an den auf ihrer Plattform erschienenen Fotos zustünden" (BGH Az.: I ZR 166/07).

Spannend ist auch die Frage nach dem Gerichtsstand. Geht es nach den jeweiligen Nutzungsbedingungen, soll sich das Recht zwischen Nutzern und Anbietern wie Facebook oder Twitter nach kalifornischem Recht mit Gerichtsstand in Santa Clara beziehungsweise San Francisco richten. Bei Youtube soll dagegen englisches Recht vor englischen Gerichten gelten. Ob eine solche internationale Gerichtsstandvereinbarung in AGB zulässig ist, dürfte fraglich sein. Jüngst befand das OLG Celle, dass internationale Gerichtsstandvereinbarungen in AGB im B2B-Bereich unwirksam sind.

Was muss man bei der Verwendung von Fotos beachten?

Jede Verwendung von Bildern bedarf der Einwilligung der Rechteinhaber, also des Urhebers (Fotograf) oder gegebenenfalls des Inhabers der Verwertungsrechte (Agentur). Sind Personen auf den Bildern abgebildet, müssen auch diese einer Veröffentlichung zustimmen, bei Minderjährigen ist eine Zustimmung des Erziehungsberechtigten erforderlich. Bei professionellen Darstellern sollten zudem genau die Nutzungsarten aufgeführt werden, also etwa Internet, Print, im Rahmen von Werbung etc., da diese für die Honorierung relevant sein können. Sind Personen auf dem Bild nicht erkennbar oder handelt es sich nur um Beiwerk, ist keine Zustimmung erforderlich.

3. Teil 3: Wer steht als Gewinner da?

Internetworld 26/09, Seite 38

Wer gegen Rechtsverletzungen im Internet vorgehen will, muss dabei einige Hürden beachten – und die spezielle Kommunikationsdynamik im Web 2.0

Nachdem sich die ersten beiden Teile dieser Serie mit inhaltlichen Fragen zu Ansprüchen bei Social Networks beschäftigten, geht es im dritten und letzten Teil um deren praktische Durchsetzung. Dabei muss man differenzieren, ob sich die Maßnahmen gegen den Verursacher selbst oder gegen den Forenbetreiber richten. Außerdem ist stets zu überlegen, ob man gerichtlich oder außergerichtlich vorgehen soll.

Außergerichtliche Durchsetzung

Rechtsstreitigkeiten lassen sich – vor allem zwischen Wettbewerbern – häufig außergerichtlich durch eine Abmahnung erledigen. In einer Abmahnung ist der Rechtsverstoß zu beschreiben und Konsequenzen bei Nichtbeachtung sind anzudrohen. Eine Abmahnung als grundsätzlich sinnvolle Maßnahme dient daher der außergerichtlichen Befriedung ohne Inanspruchnahme von Gerichten. Allerdings besteht grundsätzlich das Risiko, wegen einer ungerechtfertigten Abmahnung im Wege der Gegenabmahnung oder gar einer negativen Feststellungsklage in Anspruch genommen zu werden. Daneben müssen sich Unternehmen auch im Rahmen der Kommunikation mit deren Außenwirkung auseinandersetzen, wie der Fall Jack Wolfskin zeigt. Der weltweit tätige Outdoor-Bekleidungshersteller mahnte kleine Anbieter von Textilprodukten ab, weil er durch ihre Produkte die Rechte an seinem Markenzeichen, der "Wolfstatze", verletzt sah – mit gravierenden Folgen für seinen Ruf im Internet. Greift ein Konzern Kleinstbetriebe mit anwaltlicher Abmahnung und entsprechender Kostenlast an, muss er auch an kommunikative Kollateralschäden im Web 2.0 denken. In einfach gelagerten Fällen geringer Verletzungsschwere sollte daher überlegt werden, den Rechtsverletzer unmittelbar zu kontaktieren und zum Abstellen der Rechtsverletzung aufzufordern. Zeigt sich dieser uneinsichtig, lässt sich ein anschließendes anwaltliches Vorgehen im Rahmen der Außenwirkung für ein Unternehmen besser erklären.

Als Fallkonstellationen sind Urheberrechtsverletzungen, vor allem in Foren, auf Facebook oder Youtube denkbar. Aber auch die 140 Zeichen, die Twitter für einen Tweet zulässt, können leicht ausreichen, um wahrheitswidrige Tatsachen zu behaupten oder wettbewerbswidrige Aussagen zu treffen.

Wie an die Täter herankommen?

Adressat einer Inanspruchnahme ist zunächst stets der Rechtsverletzer, dessen Ermittlung in der Praxis allerdings schwierig sein kann. Seit der Novellierung des Urheber- und Markenrechts stehen dem Rechtsinhaber infolge offensichtlicher Rechtsverletzung zwar Auskunftsansprüche gegen den Plattformbetreiber zu. In der Praxis ist es jedoch teilweise aufwendig, des Verletzers habhaft zu werden.

Grundsätzlich Erfolg versprechend ist ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren zur Ermittlung der IP-Adresse und des dahinter stehenden Anschlussinhabers. Die Praxis zeigt indes zum einen, dass es hier häufig nur die Kleinen und Unbedarften trifft. Mittlerweile neigt ein Teil der Staatsanwaltschaften in Filesharing-Fällen dazu, nicht einmal mehr ein Ermittlungsverfahren durchzuführen.

Zum anderen zeigt sich aus der Praxis internationaler Domain-Verfahren, dass "professionelle" Teilnehmer häufig aus dem Verborgenen heraus handeln und Rechtsverletzer mit krimineller Energie sich über ausländische Accounts und/oder Privacy-Services nahezu unauffindbar machen.

Abzuwarten bleibt, ob ein deutsches Ermittlungsverfahren im Ausland ansässige Plattformbetreiber wie Twitter, Facebook oder Youtube beeindruckt. Da die Accounts außerhalb Deutschlands technisch gehostet werden, dürften die entsprechenden Kommunikationsdaten nur im Rahmen der internationalen Rechtshilfe zu ermitteln

sein. Dass sich eine deutsche Staatsanwaltschaft solchen Mühen aussetzt, darf – zumindest was Bagatellfälle angeht – bezweifelt werden.

Lässt sich der Verletzer praktisch nicht ermitteln, bleibt nur noch, gegen die Plattformbetreiber vorzugehen. Während ein Unterlassungsbegehren gegen deutsche Plattformbetreiber keine Schwierigkeiten bereitet und auf höchstrichterliche Rechtsprechung gestützt werden kann, bedarf es gegen Twitter, Facebook und Youtube eines internationalen Vorgehens.

Wenn die Rechtsverletzung in Deutschland stattfindet beziehungsweise sich bestimmungsgemäß auch an in Deutschland Ansässige richtet und somit auch deutsches Recht Anwendung findet, können nach der Rechtsprechung des BGH Forenbetreiber ab Kenntnis der Rechtsverletzung als Mitstörer auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Der BGH hat die Forenbetreiberhaftung dahingehend erweitert, dass diese auch nach kerngleichen Verstößen zu suchen haben. Fraglich wird die internationale Zuständigkeit bei einer Veröffentlichung im Ausland. Der BGH hat mit Beschluss vom 10.11.2009 dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) Fragen zur internationalen Zuständigkeit und zum anwendbaren Recht bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Web-Veröffentlichungen zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Wenn ausländische Betreiber auf Abmahnungen nicht reagieren, bedarf es angesichts der jeweiligen Unternehmenssitze einer Zustellung oder sogar einer Klage im Ausland, da beispielsweise weder Facebook noch Twitter oder Youtube eine Zustellungsanschrift in Deutschland haben. Immerhin ist für die .de-Adresse von Youtube als Admin-C eine Google-Mitarbeiterin in Hamburg eingetragen. Der Admin-C für Facebook.de ist eine Mitarbeiterin einer Hamburger Anwaltskanzlei. Das ersetzt allerdings keine ladungsfähige Adresse. Gerichtlich entschieden ist unabhängig von diesen formellen Anforderungen, dass eine Haftung von Youtube für rechtswidrige Inhalte auch vor einem deutschen Gericht bestehen kann.

Bei Markenrechtsverletzungen ist der internationale Aspekt besonders wichtig. Ist (nur) eine deutsche Marke eingetragen, kann sich deren Inhaber – anders als bei UDRP-Verfahren für Domains – gegen Verstöße aus dem Ausland nur dann zur Wehr setzen, wenn er neben den allgemeinen Anforderungen des geschäftlichen Handelns und des Vorliegens der Verwechslungsgefahr einen wirtschaftlich relevanten Inlandsbezug nachweist – zum Beispiel wenn ein ausländischer Händler in Deutschland Waren anbietet.

Eigene Inhalte entfernen

Deutlich aufwendiger kann es werden, wenn ein Anspruchsinhaber nicht als verletzter Dritter, sondern wegen von ihm selbst verbreiteter Inhalte vorgehen möchte. Aufgrund zunehmender Recherchetätigkeit tauchen längst vergessene Postings, Bilder oder Videos auf, die dann zum Problem werden könne, wenn sich ihr Urheber beispielsweise um einen neuen Job bewerben will. Hir ist anzunehmen, dass nach deutschem Recht Ansprüche auf Sperrung, zumindest aber auf Anonymisierung bestehen. Die Nutzerbedingungen der meisten Communitys sehen vor, dass ein Nutzer seinen Account löschen oder zumindest anonymisieren kann.

Problematisch hierbei ist, dass durch die Einräumung von Weitergabe- und Unterlizenzierungsrechten Inhalte, die auf einer Plattform veröffentlicht wurden, in der Zwischenzeit weltweit weiterverbreitet werden konnten und durften. Hat ein Dritter beispielsweise von Youtube aufgrund einer Unterlizenzierung Rechte an einem Video erworben, dürfte schon fraglich sein, inwieweit die Löschung des Accounts zu der Unterbrechung der Lizenzkette bei dem Erwerber führt. Sitzt der Erwerber außerhalb Deutschlands, stellen sich in diesem Zusammenhang Fragen des internationalen Urheberrechts genauso wie nach der Durchsetzbarkeit – die noch nicht beantwortet wurden.

Wie in Ausgabe 25/2009 dargestellt, sind Rechte zwischen Nutzern und Anbietern nicht selten vor englischen beziehungsweise kalifornischen Gerichten durchzusetzen. Die praktische Durchsetzung kann mitunter aufwendig und auch mit finanziellen Risiken behaftet sein. Engagiert diskutiert wird daher derzeit die Ausweitung von Schiedsverfahren zur Durchsetzung von Markenrechten etwa auch bei Social Networks, wie sie bislang beispielsweise bei Domain-Streitigkeiten üblich ist. Bis dies so weit ist, hilft nur der Weg über ein ordentliches Gericht.

In der Konsequenz bedeutet das, dass man sich vor jedem Beitrag im Internet überlegen muss, ob man ihn in zehn oder zwanzig Jahren auch noch wird vertreten können. Diese juristische Betrachtung mindert zwar die Attraktivität spontaner Äußerungen. Doch ohnehin gilt: Aufgrund seiner internationalen Vernetzung ist das Internet kein Kinderspielplatz.

Wie setze ich Ansprüche gegen Wettbewerber durch?

Zunächst kommt es auf die Art des Anspruchs an. Sollen Ansprüche wegen wettbewerbswidriger Behauptungen durchgesetzt werden, dürfte der Mitbewerber ermittelbar sein, sodass zunächst im Wege der Abmahnung vorzugehen ist. In der Abmahnung wird der Gegner aufgefordert, eine Erklärung abzugeben, dass er die Behauptung löscht und zukünftig nicht mehr wiederholt. Für den Fall des Verstoßes gegen diese Abmahnung wird eine Vertragsstrafe festgelegt. Leistet der Gegner der Abmahnung Folge, ist die Sache geregelt. Gibt der Gegner keine Unterlassungserklärung ab, kann ihm durch eine einstweilige Verfügung die beanstandete Aussage gerichtlich untersagt werden. Vergleichbar damit ist ein Vorgehen wegen Urheber- oder Markenrechtsverletzung, wobei hier neben der Unterlassung auch Ansprüche auf Schadensersatz leichter durchgesetzt werden können, wenn der Gegner ermittelbar ist. Ist der Gegner unbekannt, sollte man sich an den Betreiber der Plattform wenden, auf welcher der Verstoß veröffentlicht wurde.

XI. Forenhaftung

1. Forenhaftung und Prüfungspflicht

Internet World Business 15-2007, Seite 10

Das LG Berlin wies eine Klage wegen behaupteter Beleidigungen gegen einen Forenbetreiber zurück (Az.: 27 S 2/07). Mit Blick auf die unterschiedliche

Rechtsprechung urteilten die Richter, dass eine Haftung als Störer die Verletzung von Prüfungspflichten voraussetze: "Die Beurteilung, ob und inwieweit eine Prüfung zuzumuten war oder ist, richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles." In dem Fall, um den es hier geht, verneinte das Gericht bei einem großen Forum eine stetige Überprüfungspflicht (so auch BGH – I ZR 304/01). Diese sei nur zumutbar, wenn der Betroffene im Wege der Abmahnung in Bezug auf bestimmte Inhalte konkrete Persönlichkeitsverletzungen geltend mache. Selbst dann treffen den Betreiber eines Forums indes keine umfangreichen Nachforschungspflichten. Ihm sei "lediglich zuzumuten nachzuprüfen, ob der abgemahnte Beitrag aus der Perspektive eines unbefangenen Internetnutzers als rechtmäßig anzusehen ist".

Praxistipp:

Obwohl sich das in der Begründung des Gerichts so leicht anhört, ist für Forenbetreiber die Bewertung der Zulässigkeit eines Beitrags mit erheblichen Risiken verbunden. Im Zweifel sollten Betreiber nach einer Abmahnung den beanstandeten Beitrag löschen und sich durch Nutzungsbedingungen Rechte zur Löschung rechtswidriger Äußerungen vorbehalten.

2. Prüf- und Handlungspflichten für Forenbetreiber

Internet World Business 20-2007, Seite 10

Das LG Hamburg hat entschieden, dass ein Forenbetreiber für die rechtswidrige Zugänglichmachung eines Fotos durch einen Dritten als Mitstörer verantwortlich sein kann (Az.: 308 O 245/07). Die Richter stellten fest, dass die "Ermöglichung der öffentlichen Zugänglichmachung von Fotografien über ein Internetforum durch Dritte (É) die keinesfalls unwahrscheinliche Möglichkeit birgt, dass von den Dritten solche Rechtsverletzungen begangen werden. Das löst Prüf- und gegebenenfalls Handlungspflichten aus, um der Möglichkeit solcher Rechtsverletzungen vorzubeugen".

Praxistipp:

Mit Blick auf die neue BGH-Rechtsprechung zum Angebot von Rolex-Imitaten bei Ebay (Az.: I ZR 35/04) hat es das Gericht am vorliegenden Einzelfall festgemacht, inwieweit Prüfungspflichten bestehen. Demnach kann bei großen Foren fraglich sein, ob und inwieweit dort eine aktive Suche zu betreiben ist. Bei Foren mit wenigen Beiträgen pro Tag besteht im Falle der offensichtlichen Rechtsverletzung die Gefahr, dass eine Verletzung von Prüf- und Handlungspflichten angenommen wird. Ein Forenbetreiber sollte vor Abgabe einer Unterlassungserklärung daher prüfen, in welchem Umfang ihn Handlungspflichten treffen. Sonst kann es bei einem (provozierten) Folgeverstoß eng für ihn werden.

3. Prüfung nur bei Anlass

Internet World Business 19-2006, Seite 10

Das OLG Hamburg präzisiert, wann Forenbetreiber Beiträge überprüfen müssen

Das Verfahren hatte für Aufmerksamkeit gesorgt: Das Landgericht Hamburg verpflichtete den Online-Nachrichtendienst Heise.de dazu, aktiv in allen Forenbeiträgen vor deren Veröffentlichung nach Rechtsverstößen zu forschen – eine Entscheidung, die der Heise-Verlag nicht akzeptieren wollte: Er ging in Berufung. Auslöser des Rechtsstreits war ein kritischer Bericht über ein Unternehmen, bei dem rechtsverletzende Äußerungen im an die Berichterstattung anknüpfenden Forum erfolgt waren. Jetzt liegt hierzu die Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg vor. Das OLG bestätigte im Ergebnis zwar die erstinstanzliche Entscheidung des Landgerichts Hamburg, entschied aber, dass ein Forenbetreiber nicht grundsätzlich eine Pflicht zur Überprüfung hat (Az.: 7 U 50/06).

Urteilsanalyse

Die Hamburger Richter urteilten in einem ausgewogenen und gut begründeten Urteil, dass eine generelle Überprüfungspflicht ohne konkreten Anlass nicht besteht. Unabhängig davon, dass der Forenbetreiber bei Bekanntwerden (offensichtlich) rechtswidriger Inhalte die entsprechenden Beiträge zu entfernen habe, gelte dies auch dann, wenn die Gefahr erheblicher Rechtsverletzungen drohe.

In Gegenüberstellung der widerstreitenden Grundsätze von Meinungs-/Pressefreiheit und dem jeweiligen Persönlichkeitsrecht beziehungsweise Schutz des Eigentums hielt der Senat eine spezielle Überprüfungspflicht des Betreibers dann für angemessen, "wenn dieser entweder durch sein eigenes Verhalten vorhersehbar rechtswidrige Beiträge provoziert oder wenn ihm bereits mindestens eine Rechtsverletzung von einigem Gewicht im Rahmen des Forums bekannt geworden ist und sich damit die Gefahr weiterer Rechtsverletzungshandlungen durch Einzelnutzer bereits konkretisiert hat". Das Urteil stellt somit auf Grundrechtsebene einen Interessenausgleich dar, der sowohl praktikabel als auch in angemessenem Umfang den Schutz der sich gegenüberstehenden Grundrechte gewährleistet.

Praxistipp:

Aus der Entscheidung des OLG Hamburg ergibt sich, dass eine generelle Überwachungspflicht für Forenbetreiber nicht besteht. Auch wenn hierüber der Bundesgerichtshof höchstrichterlich noch nicht entschieden hat, dürfte dies als die herrschende Rechtsmeinung anzusehen sein. Von einigen Gerichten wurde sie bislang auch bestätigt.

Für den Forenbetreiber bedeutet das Urteil in der Praxis weiter, dass er – wie bisher – auf einen entsprechenden Hinweis eines Verletzten unmittelbar zu reagieren hat und (offensichtlich) rechtsverletzende Inhalte aus seinem Forum beseitigen muss. Zwar kann im Einzelfall immer noch streitig sein, ob überhaupt die Voraussetzungen einer Rechtsverletzung vorliegen; der Forenbetreiber tut indes jedoch gut daran, sein eigenes Risiko zu reduzieren, denn der unmittelbare Verletzer, also derjenige, der

den betreffenden Beitrag verfasst hat, scheidet meistens aufgrund der Anonymität der Forumsbeiträge aus.

Neu ist allerdings, dass der Forenbetreiber quasi aufgrund einer eigenen Prognose zu entscheiden hat, ob angesichts des bisherigen Diskussionsverlaufs im jeweiligen Forum oder aufgrund anderer Umstände mit weiteren Rechtsverletzungen zu rechnen sein wird. Besteht hierfür eine gewisse Wahrscheinlichkeit, muss der Betreiber nach Auffassung der Hamburger Richter nunmehr das betreffende Forum überwachen und offensichtlich rechtswidrige Beiträge von sich aus löschen.

Wie engmaschig die Überprüfung sein muss, richtet sich nach dem jeweiligen Einzelfall. Das Gericht wies im Zusammenhang mit dem vorliegenden Fall jedoch darauf hin, dass das fragliche Forum im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit betrieben worden sei, sodass in diesem Fall eine "Überwachung eher zuzumuten" sei "als dem privaten Betreiber eines solchen Forums".

Gewerbliche Anbieter sollten eine engmaschige Prüfung mit kurzen Überprüfungszyklen sicherstellen. In kritischen Threads sollte alle paar Stunden nach dem Rechten gesehen werden, zumindest aber nicht seltener als einmal pro Tag.

4. Was müssen Hoster sagen?

World Business, 15/06, Seite 5

Wenn schwere Rechtsverstöße vorliegen, droht bei Untätigkeit Mitstörerhaftung

So mancher weibliche Star hat schon seiner Karriere nachgeholfen, indem er vor der Kamera die Hüllen fallen ließ. Existieren solche Aufnahmen nicht, helfen häufig unbekannte Photoshop-Artisten nach – das Internet ist voll von solchen "Celebrity Fakes", bei denen das prominente Gesicht in ein – oft pornografisches –Aktfoto montiert wird. Dass die Urheber solcher Montagen damit die Persönlichkeitsrechte der Prominenten verletzen, steht außer Frage, aber auch der Betreiber des Webservers trägt eine Verantwortung.

Das Landgericht Berlin verurteilte einen Internet-Provider dazu, die Veröffentlichung von Bildern mit dem Konterfei einer bekannten Schauspielerin zu unterlassen, die auf Internet-Seiten von Kunden des Web-Hosters angeboten wurden. Gegenstand der Auseinandersetzung war, dass der Internet-Provider zwar auf ein entsprechendes Begehren der Klägerin hin die Seite sperrte, um die es im Rechtsstreit ging, indes jedoch weder eine Unterlassungserklärung abgab, noch auf weiteren Seiten seiner Kunden nach entsprechenden Rechtsverletzungen forschte (Az.: 27 O 616/05).

Urteilsanalyse

Das Landgericht Berlin vertrat diesbezüglich die Rechtsauffassung, dass es nach dem Hinweis einer Rechtsverletzung der Internet-Dienstleister bei einer Sperrung der betroffenen Seite nicht bewenden lassen dürfe. Er müsse "vielmehr auch – im Rahmen des Zumutbaren – Vorsorge dafür treffen, dass es möglichst nicht zu

weiteren gleich gelagerten Verletzungen kommt". Im konkreten Fall hätte die Beklagte nach Auffassung des Gerichts somit zumindest mit eng begrenzten Schlüsselwörtern wie "Fake" und "HQ Fotos" sowie "Nacktbilder" unter Einsatz entsprechender Filter-Software die Seiten ihrer Kunden auf Rechtsverletzungen durchsuchen müssen. Eine solche Untersuchung wäre dann ausgeschlossen gewesen, wenn die Anschaffung eines solchen Programms nicht zumutbar gewesen wäre. Dies legte die Beklagte im Verfahren jedoch nicht schlüssig dar.

Darüber hinaus leiteten die Richter einen Auskunftsanspruch der Klägerin auf Preisgabe des die rechtsverletzende Seite betreibenden Kunden aus Treu und Glauben ab. Zwar stellten sie dieses Ergebnis unter den grundsätzlichen Vorbehalt der Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalls. Bei der vorliegenden erheblichen Persönlichkeitsrechtverletzung sahen sie indes etwaige Geheimhaltungsinteressen des Beklagten als geringerwertig an und verurteilten zur Auskunft.

Praxistipp:

Zwar ist das Urteil nicht rechtskräftig. Aufgrund des so genannten "fliegenden Gerichtsstands" könnte aber eine in ihren Persönlichkeitsrechten verletzte Person bei im Netz abrufbaren Bildern erneut das Landgericht Berlin anrufen – egal wo sie wohnt oder wo der Hoster sitzt.

Demgemäß folgt aus der Entscheidung, dass Web-Hosting-Anbieter, zumindest im Fall einer gravierenden Rechtsverletzung, nicht nur die Seite sperren müssen, um die es geht. Sie sind auch gehalten im zumutbaren Umfang nach vergleichbaren Rechtsverletzungen zu suchen, wenn sie nicht als Mitstörer haften wollen. Soweit die Ermittlung des Seitenbetreibers für einen Anspruchsteller nicht ohne weiteres möglich ist, wird auch hier eine entsprechende Auskunft zu erteilen sein. Die Entscheidung schlägt damit in dieselbe Kerbe wie die Urteile des LG Hamburg, wonach eine Haftung für Einträge in Web-Katalogen besteht (IWB 8/06, S. 10) sowie des OLG Düsseldorf, demzufolge ein Forenbetreiber die Identität des anonymen Teilnehmers im Falle der Ehrverletzung zu offenbaren hat. Insgesamt steigt also das Risiko für Anbieter, die – in welcher Form auch immer – die Verbreitung fremder Inhalte ermöglichen.

5. Forenhaftung

Internet World Business, 11/06, Seite 10

Forenbetreiber haftet für anonyme Beiträge

Das OLG Düsseldorf hatte sich mit der Haftung eines Forenbetreibers auseinander zu setzen, in dessen Forum durch einen anonymen Teilnehmer der Kläger in seiner Ehre verletzt wurde (siehe auch IWB 10/2006). Der 15. Zivilsenat judizierte, dass einen Forenbetreiber keine Verpflichtung träfe, den Kommunikationsvorgang zu überwachen. Wenn aber der Forenbetreiber von einem unzulässigen Inhalt Kenntnis

erhält, könne von ihm das Entfernen oder Sperren des Beitrags verlangt werden (Az.: 1-15 U 180/05).

In ihrer Begründung stellten die Richter die ungefilterten Meinungsäußerungen als "quasi live" der Rechtssprechung zur Haftung von Fernsehsendern gegenüber. Auch hier haftet ein Fernsehsender nicht für rechtswidrige Live-Äußerungen eines Dritten. Im Unterschied zu einem Interview im Fernsehen, bei dem der Äußernde für alle erkennbar ist und damit ein Verletzter die Möglichkeit habe, diesen auf Unterlassung in Anspruch zu nehmen, sei dies bei einem Meinungsforum, in dem die Verfasser unter einem Pseudonym auftreten, nicht der Fall.

Praxistipp:

Das Gericht stellt somit die Forenbetreiber vor die Wahl, entweder die Teilnahme an dem Forum von einer Registrierung abhängig zu machen – oder der Betreiber haftet selbst auf Unterlassung.

6. Haftung für Einträge in Web-Katalogen

Internet World Business, 08/06, Seite 10

Das Landgericht Hamburg entschied in einer Klage eines lizenzierten Glücksspielbetreibers gegen den Anbieter eines Web-Katalogs, dass dieser anders als ein Suchmaschinenbetreiber für die dortigen Einträge haftet. Der Katalogbetreiber habe daher die Pflicht, Einträge Dritter zu kontrollieren (Hanseatisches Oberlandesgericht, Az.: 3 U 49/05).

Praxistipp:

Das Urteil bedeutet für die Praxis, dass jeder Anbieter eines solchen strukturierten Katalogs dann die Eintragung zu überprüfen hat, wenn deren Sammlung nicht völlig automatisch wie bei Suchmaschinen erfolgt. Schwierig dürfte indes sein, eine Abgrenzung vorzunehmen, wenn Nutzer sich über eine Anmeldemaske automatisch eintragen können. In entsprechender Anwendung presse- und medienrechtlicher Grundsätze dürfte diese Prüfungspflicht zumindest dann gelten, wenn es sich um leicht erkennbare Gesetzesverstöße handelt. Eine vergleichbare Prüfungspflicht trifft den Chefredakteur beispielsweise bei Anzeigen, die grob wettbewerbswidrige oder sogar strafrechtliche Inhalte aufweisen. Es muss indes bezweifelt werden, dass eine solche Haftung auch für Links zu Seiten, die nicht ohne weiteres erkennbar rechtswidrige Inhalte aufweisen, schon angenommen werden kann.

7. Wann haften Forenbetreiber für Gast-Einträge?,

Internet World Business, 14/05, Seite 12

Das AG Winsen verurteilte einen Forenbetreiber wegen der zu spät vorgenommenen Entfernung eines Fotos aus seinem Forum (Az.: 23 C 55/05). Im konkreten Fall wurde ein Foto eines Kriminellen mit dem darauf montierten Kopf des Klägers in ein Forum gestellt. Der Kläger mahnte mit E-Mail vom 30.01.2005 und einer Frist von einem Tag ab. Nachdem keine Beseitigung erfolgte beantragte er erfolgreich den Erlass einer einstweiligen Verfügung am 01.02.2005, also nur zwei Tage später.

Urteilsanalyse

Das Gericht sah den Antrag als begründet an, da der Betreiber des Forums verpflichtet sei, dafür zu sorgen, dass beleidigende Äußerungen gegenüber Dritten aus dem Forum entfernt werden.

Des Weiteren aber vertrat das Gericht die Auffassung, ein Forenbetreiber habe seine E-Mails in kurzen regelmäßigen Abständen zu kontrollieren, so dass im Ergebnis bereits eine Abwesenheit von zwei Tagen dazu führe, dass ein Forenbetreiber für die Inhalte hafte.

Während die generelle Haftung nach Kenntniserlangung rechtsverletzender Inhalte keine Besonderheit darstellt, beinhaltet die Annahme einer Haftung bei nur zwei Tagen Ortsabwesenheit eine Haftungsverschärfung, die unter Berücksichtigung des Teledienstegesetzes (TDG) fraglich sein dürfte. Denn das Gericht setzte den fehlenden Abruf der E-Mail einer positiven Kenntnis gleich, woraus dann wiederum eine – jedenfalls gesetzlich nicht normierte - Prüfungspflicht folgen würde.

Zwar gilt im geschäftlichen Verkehr eine E-Mail während der üblichen Geschäftszeiten am selben Tage als zugegangen, sobald eine Abrufmöglichkeit gegeben ist, doch sollte diese Fiktion für den Zugang von Willenserklärungen nicht mit speziellen Haftungsmaßstäben des TDG vermengt werden.

Davon zu unterscheiden ist eine Prüfungspflicht der Foreninhalte selbst. In diesem Zusammenhang ist die viel zitierte Entscheidung des LG Trier zu nennen (Az. 4 O 106/00), wonach ein privater Forenbetreiber mindestens einmal in der Woche sein Forum auf rechtswidrige Inhalte zu überprüfen habe und im Falle der Gewerblichkeit der Überprüfungszeitraum noch kürzer sei. Unterlässt er dies, mache er sich die Inhalte zueigen.

Demgegenüber wiederum entschieden die Richter des LG Köln (Az. 23 C 55/05), dass ein Forenbetreiber gerade nicht verpflichtet sei, sein Forum zu überwachen oder nach rechtswidrigen Inhalten zu forschen und stützen sich dabei auf die Vorschrift des § 8 Abs. 2 TDG.

Ergänzend dazu ist eine Entscheidung des Kammergerichts Berlin zu nennen, das über eine Haftung für Online-Anzeigen zu entscheiden hatte (Az.: 10 U 182/03). Auch hier wurde eine Haftung mangels Kenntnis verneint und die Auffassung

vertreten, dass eine Haftung allenfalls dann in Betracht käme, wenn die Rechtsverletzung evident ersichtlich sei.

Praxistipp

Die divergierende Entscheidungspraxis macht es einem Forenbetreiber nicht einfach. An einer Haftung eines Forenbetreiber ohne Kenntnis bestehen erhebliche Zweifel. Nach § 8 Abs. 2 TDG sind Diensteanbieter gerade nicht verpflichtet, „die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen"; laut Bundesgerichtshof reicht ein Kennenmüssen nämlich gerade nicht aus (Az. VI ZR 335/02 – für das alte TDG). Der juristische „Kunstgriff" des „sich zueigen machen" und somit Haftung für eigene Inhalte könnte indes dann erfüllt sein, wenn beispielsweise in einem auf der Startseite sichtbaren Forenbeitrag eine offensichtliche Rechtsverletzung über mehrere Tage erfolgt. Das LG Düsseldorf nahm ein „Zueigen machen" an, wenn damit zu rechnen sei, dass - aufgrund der redaktionellen Vorberichterstattung zu einem Thema - ehrverletzende Äußerungen gegen bestimmte Personen erfolgen könnten (Az. 2 a O 312/01). Wichtig ist, dass im Falle tatsächlich erlangter Kenntnis ein Forenbetreiber schnell handeln und bei offensichtlicher Rechtsverletzung löschen muss. Entsprechendes dürfte auch für die Pflicht zur Löschung eines Beitrages aus dem Archiv gelten (OLG München, 21 W 1991/02). Zumindest bei gewerbsmäßigen Seiten sollten sicherheitshalber die üblichen Kommunikationswege täglich überprüft werden. Bis zu einer Rechtsklarheit schaffenden höchstrichterlichen Entscheidung zum Verhältnis TDG und Haftung nach „allgemeinen Gesetzen" i.S.d. § 8 Abs. 2 TDG sollten Forenbetreiber zumindest sicherstellen, dass an sie übermittelte Nachrichten kurzfristig wahrgenommen werden können.

8. Haftung bei Online-Anzeigen

Internet World Business, 05/05, Seite 20

Ein Online-Anbieter von Kontaktanzeigen muss die veröffentlichten Texte nur auf offensichtliche Rechtsverstöße hin prüfen.

Das Kammergericht Berlin (Az.: 10 U 182/03) entschied im Fall von Kontaktanzeigen, dass ein Anbieter grundsätzlich nur dann für den Inhalt verantwortlich ist, wenn er positive Kenntnis von dem persönlichkeitsrechtsverletzenden Inhalt hat. Im entschiedenen Fall wurde eine Kontaktanzeige ohne Wissen der Klägerin in das Angebot der Beklagten eingestellt. Das Gericht verneinte wegen § 11 TDG mangels Kenntnis der Beklagten einen entsprechenden Schadensersatzanspruch und wies darauf hin, dass ein solcher allenfalls in Betracht käme, wenn eine Verletzung evident ersichtlich sei.

Fazit

Dies entspricht insoweit der herrschenden Rechtsmeinung, wonach grundsätzlich eine Prüfungspflicht dann nicht besteht, wenn ein Störungszustand nicht ohne weiteres oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erkennbar ist. Die entsprechenden bekannten presserechtlichen Grundsätze für Zeitungsanzeigen, wonach eine Redaktion nur für offenkundige Rechtsverletzungen haftet, wurden insoweit auch im Bereich der elektronischen Medien übernommen.

Praxistipp:

Etwas anderes kann nach einer teilweise vertretenen Meinung dann gelten, wenn sich ein Anbieter – beispielsweise in Foren, einem Wiki oder Gästebüchern – die dort aufgeführte Meinung zu Eigen macht (siehe dazu „Überprüfungspflicht für Gästebuch“ in IW 9/02, Seite 55). Ein Anbieter, der die Eintragung fremder Informationen zulässt, tut gut daran, diese in regelmäßigen Abständen und dokumentiert auf rechtswidrige Inhalte zu überprüfen. Der Umfang einer solchen Überprüfungspflicht hängt im Einzelfall vom Umfang der jeweiligen Angebote ab.

XII. Zivilprozessrecht

1. Internationale Zuständigkeit und "passive" Websites

Internet World Business 24-2008, Seite 10

Der BGH hatte sich mit der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte hinsichtlich einer Klage gegen einen griechischen Anwalt zu befassen (Az.: III ZR 71/08). Der Kläger machte vor einem deutschen Gericht Schadensersatz mit der Begründung geltend, der Anwalt sei mit seinen Kontaktdaten auf deutschsprachigen Webseiten aufgeführt. Eine eigene Website unterhielt der Anwalt indes nicht. Der BGH verneinte die Zuständigkeit deutscher Gerichte, da diese ein Ausrichten einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers erfordert, das neben der gezielten Werbung auch den elektronischen Handel über das Internet erfasst. Die Aufnahme von Kontaktdaten auf Webseiten Dritter sei dafür nicht ausreichend. "Vielmehr ist erforderlich, dass diese Website auch zum Vertragsschluss im Fernabsatz auffordert, und dass tatsächlich ein Vertragsschluss im Fernabsatz erfolgt ist, mit welchem Mittel auch immer."

Praxistipp:

Für Verbraucher bestätigt die Entscheidung, dass diese im Inland klagen können, wenn sie bestimmungsgemäß Waren bei einem innerhalb der EU ansässigen Anbieter bestellt haben. Spiegelbildlich gilt für Anbieter bei einer europaweiten Ausrichtung des Angebots der internationale Gerichtsstand.

2. Internationale Zuständigkeit bei Urheberrechtsverletzung

Internet World Business 03-2008, Seite 10

Für Rechtsverstöße auf deutschen Websites gilt normalerweise der sogenannte "fliegende Gerichtsstand", das bedeutet: Man kann an jedem deutschen Gericht Klage einreichen. Doch wie sieht es bei ausländischen Sites aus? Das Oberlandesgericht Köln hatte über die internationale Zuständigkeit bei einer Urheberrechtsverletzung eines britischen Anbieters zu entscheiden. Zwar konnte die Internetseite auch in Deutschland abgerufen werden. Dies genüge, so die Richter, "indes für die Annahme einer Begehung des angenommenen Urheberrechtsverstoßes (auch) in Deutschland als Erfolgsort der Handlung nicht. Nach der Rechtsprechung des BGH ist bei Wettbewerbsverletzungen im Internet der Erfolgsort dann im Inland gelegen, wenn sich der Internetauftritt bestimmungsgemäß hier auswirken soll" (Az.: 6 W 161/07).

Praxistipp:

Für die Praxis bedeutet die Entscheidung, dass ein Inlandsgerichtsstand, wie bisher, dann gegeben ist, wenn sich das Angebot bestimmungsgemäß auch an deutsche Nutzer richtet. Nicht ausreichend dagegen ist ein grundsätzlich immer auch in Deutschland verfügbares Angebot, das beispielsweise wie im vorliegenden Fall in englischer Sprache gehalten ist und Preise nur in Pfund Sterling ausweist. Hier bedarf es dann der Verletzungsklage am Ort des Anbieters.

XIII. Datenschutz

Die Spur der Adressen

Internet World Business 14-2008, Seite 10

Wie Sie gegen die unberechtigte Nutzung Ihrer Kundendaten vorgehen können

Qualifizierte Leads sind im Onlinemarketing bares Geld und machen bei vielen Firmen einen beträchtlichen Teil des Unternehmenswerts aus. Allerdings kommt es immer wieder vor, dass entweder durch Dienstleister bereitgestellte Adressdatenbanken unzulässig weiterverwertet werden oder aus Unternehmen ausscheidende Vertriebsmitarbeiter Adressdatenbanken mitnehmen.

Jeder im Vertrieb oder Marketing Tätige weiß, dass diesen Daten ein erheblicher Wert zukommen kann, da aus solchen Adressen Geschäft generiert werden kann. Natürlich versucht jeder Rechteinhaber bestmöglich, seine Rechte an diesen Kontaktdaten zu schützen. Eine Entscheidung des LG Düsseldorf zur Unterlassung der Verwendung einer Adressdatenbank gibt Anlass, sich näher mit der Thematik zu beschäftigen.

In dem konkret entschiedenen Fall versuchte ein Dienstleister, der seine eigene Adress- und E-Mail-Datenbank für das Marketing eines Kunden bereitstellte, die Verwendung von bestimmten E-Mail-Adressen untersagen zu lassen. Er scheiterte

indes bereits im Ansatz, da sein Unterlassungsantrag zu unbestimmt war und es an einer erforderlichen Substanziierung der Nutzung dieser Datenbank fehlte.

Das Gericht wies den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung insbesondere damit zurück, dass der Antragsteller "zur Konkretisierung seines Unterlassungsbegehrens die Datenbank vorlegen" müsse, da nur so der Antragsgegnerin eine Verteidigung möglich sei, etwa darzulegen, dass "sie die streitgegenständlichen Daten anderweitig erlangt hat" (Az.: 12 O 66/06).

Missbrauch schwer nachzuweisen

Für einen Nutzungsrechteinhaber, der wie im konkreten Fall nur für die Dauer seiner Beauftragung die Nutzungsrechte an einer Datenbank einräumt, ist es zunächst mit erheblichem Aufwand verbunden, nachzuweisen, dass durch einen nicht berechtigten Zugriff Daten aus dieser Datenbank benutzt wurden. Einzelnen Datensätzen, insbesondere E-Mail-Adressen, sieht man für gewöhnlich deren Herkunft nicht an. Erst aus einer Summe identischer Adressen lassen sich Indizien finden, die für eine Verletzung des Datenbankrechts sprechen können.

Sind Adressen geschützt?

Voraussetzung für Ansprüche ist zunächst die Schutzfähigkeit solcher Datensammlungen. Die diesbezüglichen Rechte sind einfach oder ausschließlich, aber auch zeitlich begrenzt übertragbar. Datenbanken sind als immaterielles Gut dann geschützt, wenn sie unter wesentlichem Investitionsaufwand gesammelte, geordnete und einzeln zugänglich gemachte Inhalte aufweisen. Wird in einem ersten Schritt eine wesentliche Investitionsleistung des Datenbankherstellers nachgewiesen, bedarf es in einem zweiten Schritt des deutlich schwierigeren Nachweises der Übernahme.

Kopieren ausscheidende Mitarbeiter ganze Kundendatenbanken, helfen Serverlogs, die diesbezüglichen Kopiervorgänge belastbar zu dokumentieren. Wenn sich ein solch massiver Anfangsverdacht belegen lässt, lassen sich mithilfe einer Strafanzeige und richterlichen Hausdurchsuchung entsprechende weitere Beweismittel auffinden, die dann auch der zivilrechtlichen Verfolgung dienen können.

Das Besichtigungsverfahren

Wenn hinreichende Hinweise für eine Rechtsverletzung vorliegen, besteht auch die Möglichkeit, sich im Wege eines Besichtigungsverfahrens Klarheit über die Frage einer Rechtsverletzung zu verschaffen. Im Klartext: Ein Sachverständiger nimmt die Adressbestände des Beschuldigten unter die Lupe und sucht nach Auffälligkeiten. Wird über den Weg einer Besichtigungsverfügung der Verdacht bestätigt, hat der Inhaber des Leistungsschutzrechts alle Beweise in der Hand, um seine Ansprüche durchzusetzen.

XIV. Gesellschaftsrecht

1. Grenzenlose Verantwortung

Internet World Business, 16/07, S. 7

Die Gründung einer Limited in England schützt nicht vor Klagen in Deutschland

Der Bundesgerichtshof entschied jüngst, dass auch ein Unternehmen mit Firmensitz im Ausland in Deutschland verklagt werden kann, wenn der bloße Anschein einer unselbstständigen Zweigniederlassung in Deutschland besteht (Az.: III ZR 315/06).

Ohne die Rechtsform der englischen Limited pauschal herabsetzen zu wollen, zeigen Fälle aus der Praxis, dass durch diese Rechtsform, aber auch durch die Verlagerung der (offiziellen) Niederlassung ins Ausland teilweise versucht wird, sich dem Zugriff der deutschen Gerichtsbarkeit zu entziehen.

In der Praxis besteht das Problem darin, dass Klagen in der Regel am Sitz des Unternehmens, mithin in Großbritannien, einzureichen sind, wenn die Limited weder eine Zweigniederlassung in Deutschland unterhält noch ausnahmsweise ein anderer Gerichtsstand gegeben ist (z.B. durch Vereinbarung oder bei Verbrauchersachen), sodass eine Durchsetzung von Forderungen gegen eine Limited aufgrund des unterschiedlichen Prozessrechts sowie der zusätzlichen Anwaltsgebühren eines Korrespondenzanwalts vor Ort kostenmäßig häufig wenig Sinn macht.

Bei hohen Forderungen muss gleichzeitig berücksichtigt werden, dass der vollstreckbare Titel, wenn er denn durch die Verordnung über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen in den Mitgliedsstaaten (EuZVO) wirksam zugestellt wurde, aufgrund des geringen Haftungskapitals der Ltd. oft nur bedingt zur Erfüllung der Forderung beiträgt.

Die BGH-Richter stellten nunmehr fest, "dass auch der bloße Anschein einer unselbständigen Zweigniederlassung, Agentur oder sonstigen Niederlassung eine Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 5 EuGVÜ begründen kann". Diese Entscheidung bedeutet für die Rechtspraxis eine erhebliche Vereinfachung und Reduzierung des Kostenrisikos. Allerdings dürfe das Vollstreckungsergebnis im Hinblick auf die Mindeststammeinlage von nur einem Pfund Sterling (ca. 1,60 Euro) noch immer fraglich sein.

Für wen lohnt sich eine Limited?

Wer eine Limited gründen möchte, muss berücksichtigen, dass aufgrund dieses vergleichsweise neuen Instruments eine Vielzahl von Rechtsfragen ungeklärt ist. Mit der Gründung der Limited nach britischem Recht haftet deren Geschäftsführer auch nach britischem Gesellschaftsrecht. Ungeklärt ist insbesondere, ob und unter welchen Voraussetzungen hier eine persönliche Durchgriffshaftung gegen den jeweiligen Geschäftsführer persönlich durchsetzbar ist.

Wird eine Limited zur Durchführung betrügerischer oder sonstiger rechtsmissbräuchlicher Tätigkeiten gegründet, besteht die angesprochene

persönliche Haftung des Geschäftsführers. Wer dagegen den Vorteil einer schnellen und kostengünstigen Limited-Gründung für ein seriöses Geschäft in Anspruch nehmen möchte, muss dabei berücksichtigen, dass Geschäftspartner in Kenntnis dieser Haftungsbesonderheiten entsprechende persönliche Sicherheiten, wie persönliche Bürgschaften oder Vorauszahlung, fordern werden, sodass der eigentliche Vorteil gegenstandslos wird. Hinzu kommt, dass verschiedene Anforderungen an eine Limited gestellt werden, insbesondere jährlich ein Bericht der Direktoren, eine Bilanz, eine Gewinn- und Verlustrechnung und ein Testat des Abschlussprüfers, deren Verletzung vom britischen Gesellschaftsregister streng geahndet wird.

Fazit

Wer eine Limited gründen möchte, sollte die Vorteile einer schnellen und kostengünstigen Prüfung den Risiken und auch faktischen Zwängen im geschäftlichen Bereich gegenüberstellen. Gleichzeitig sollte jeder, der Geschäfte mit einer Limited macht, Sicherheiten fordern. Wer meint sich durch eine Limited der deutschen Justiz und der Haftung für grob rechtswidrige Verstöße entziehen zu können, muss schließlich die dargestellte Entscheidung des BGH unabhängig davon berücksichtigen, dass ihn in diesem Falle ohnehin auch das deutsche Strafrecht treffen kann.

2. Deutsche Limited ist IHK-Mitglied

Internet World Business 01-2007, Seite 8

Ein Unternehmen, das als Gesellschaftsform die "Limited" (Ltd.) nach englischem Recht gewählt hatte, wehrte sich gegen einen Bescheid über Beitragszahlungen zur IHK. Die Klägerin machte geltend, dass sie mangels Eintragung in das deutsche Handelsregister nicht gemäß IHK-Gesetz zur Zahlung der Kammerbeiträge verpflichtet sei. Sie vertrat die Auffassung, dies verstoße gegen die Niederlassungsfreiheit. Das Verwaltungsgericht Darmstadt wies die Klage jedoch ab (Az.: 9 E 793/05).

Die Verwaltungsrichter stellten auf den Bezirk der gewerblichen Niederlassung, nicht auf das Recht der Eintragung ab und wiesen darauf hin, dass die Pflichtmitgliedschaft für alle in einem Kammerbezirk ansässigen Firmen gilt, unabhängig davon, ob es sich um inländische oder ausländische Unternehmen handle.

Im Übrigen sei die Klägerin auch verpflichtet gewesen, gemäß den §§ 13d, 13e HGB sich in das Handelsregister eintragen zu lassen; aus einem diesbezüglichen Verstoß könne jedenfalls keine Beitragsbefreiung gerechtfertigt werden.

Praxistipp:

Die Entscheidung ist für Unternehmer relevant, die sich mit der Frage einer Ltd.-anstelle einer GmbH-Gründung befassen. Dies geschieht meist aus Kostengründen – aber IHK-Beiträge spart es nicht.

XV. Persönlichkeitsrecht

1. Haftung von Suchmaschinenbetreibern

Internet World Business 19-2008, Seite 10

Das OLG Nürnberg hatte jüngst einen Fall zu entscheiden, bei dem es um Suchergebnisse ging, die für die Verletzung eines Persönlichkeitsrechts sprachen (Az.: 3 W 1128/08). Die Richter versagten einem Prozesskostenhilfeantrag und der dahinter stehenden Unterlassungsklage die Erfolgsaussichten, weil auch nach Zugang der Abmahnung mangels klarer Rechtsgutverletzung keine Löschung und Überprüfung zuzumuten sei. Ein Suchmaschinenbetreiber sei vor Abmahnung grundsätzlich nicht Störer einer (behaupteten) Rechtsgutverletzung. Nach Zugang einer Abmahnung erstreckt sich die Prüfpflicht nur auf die Überprüfung der durch die Abmahnung konkret bezeichneten Webseiten.

Praxistipp:

Soll ein Suchmaschinenbetreiber wegen einer Rechtsgutverletzung, beispielsweise einer Markenrechtsverletzung, in Anspruch genommen werden, bedarf es des Nachweises einer offensichtlichen und klaren Rechtsgutverletzung. Der Anspruchsteller kann nicht verlangen, dass sämtliche verletzenden Webseiten zu entfernen sind, sondern hat die jeweiligen URLs konkret darzulegen. Da der Betreiber erst ab Zugang der Abmahnung haftet, sind davor Abmahnkosten nicht erstattungsfähig, sodass zunächst gegen den Webseitenbetreiber vorzugehen ist. In der Praxis ist der jedoch oft nicht zu fassen.

2. Gegendarstellung in gleicher Form, aber nicht identisch

Internet World Business 07-2008, Seite 10

Das OLG Karlsruhe bestätigte den Anspruch auf eine Gegendarstellung auf der Titelseite, dem Ort der Erstmitteilung. Die Richter billigten dem beklagten Verlag indes zu, eine gewisse Reduzierung der Schriftgröße vorzunehmen damit "die Titelseite durch Umfang und Aufmachung der Gegendarstellung nicht ihre Funktion verliert" (Az.: 14 U 199/07). Diese Entscheidung lässt sich im Wesentlichen auf Gegendarstellungsansprüche im Onlinebereich übertragen. Der

Gegendarstellungsanspruch ergibt sich aus § 56 des Rundfunkstaatsvertrags, der insbesondere für journalistisch-redaktionelle Internetseiten Anwendung findet.

Praxistipp:

Jeder Betroffene kann gegen eine unwahre Tatsachenbehauptung im Wege der Gegendarstellung vorgehen und verlangen, dass diese im Wesentlichen an derselben Stelle und in derselben Aufmachung angebracht wird wie die Erstmitteilung. Hierfür ist zwar ein berechtigtes Interesse erforderlich, nicht aber muss die Richtigkeit der Tatsachenbehauptung bewiesen werden. Aus dem zitierten Urteil heraus kann ferner verlangt werden, dass bei einer im oberen, sofort sichtbaren Bereich aufgestellten Erstbehauptung die Gegendarstellung an gleicher Stelle, nicht erst nach mehreren Seiten scrollen, zu erfolgen hat.

3. Auch Unternehmen genießen Schutz vor Schmähkritik

Internet World Business 07-2007, Seite 10

Nicht alles, was in einem Blog oder Webforum an kritischen Bemerkungen veröffentlicht wird, ist automatisch als Meinungsäußerung geschützt. Das Oberlandesgericht Hamburg bestätigte eine Unterlassungsverfügung, mit der sich ein Unternehmen gegen die Äußerung der Vorwürfe "Lüge", "Täuschung", "Vertuschung" und "Korruption" wehrte (Az.: 7 U 52/06). Das Gericht stellte fest, dass es sich hierbei um Tatsachenbehauptungen handelt, "da sie auf ihre Richtigkeit hin objektiv, das heißt mit Mitteln der Beweiserhebung, überprüfbar" sind.

Im Übrigen gelten solche Tatsachenbehauptungen solange als unwahr wie nicht deren Wahrheitsgehalt nachgewiesen oder glaubhaft gemacht wurde. Darüber hinaus sei ein Unternehmen selbst bei einer Qualifizierung der Aussagen als Meinungsäußerung geschützt, da diese als unzulässige Schmähkritik anzusehen und als solche zu verbieten sind.

Praxistipp:

Diese Entscheidung ist für die Praxis relevant, da in Internetforen immer wieder sehr rustikale und drastische Behauptungen aufgestellt werden. Aus der Entscheidung folgt, dass sich die betroffenen Unternehmen sowohl gegen (kreditgefährdende) Tatsachenbehauptungen im Falle deren Nichterweislichkeit als auch gegen Schmähkritik zur Wehr setzen können.

XVI. Arbeitsrecht

1. Formfehler: Kündigung per SMS ist unwirksam

Internet World Business 22-2007, Seite 12

Das Landesarbeitsgericht Hamm entschied, dass die Kündigung eines Arbeitsvertrags per SMS unwirksam ist, da es an der erforderlichen Schriftform fehlt (Az.: 10 Sa 512/07). Die Richter sahen in der Übermittlung per SMS einen Verstoß gegen das gesetzliche Schriftformerfordernis nach § 623 BGB, der ausdrücklich regelt, dass die elektronische Form ausgeschlossen ist.

Praxistipp:

Diese wenig überraschende Entscheidung gibt indes auch Anlass darauf hinzuweisen, dass es bei der Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel insbesondere bei E-Mails immer der Prüfung bedarf, ob eine besondere Form zu wahren ist. Sonst kommt es zu Formfehlern, welche leicht dazu führen können, dass zum Beispiel eine Kündigung unwirksam ist. Wenngleich die Textform (E-Mail/SMS) der Schriftform durch § 126b BGB in weiten Bereichen gleichgestellt wurde, sehen doch bestimmte Vorschriften, wie zum Beispiel die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, die gesetzliche Schriftform (§ 126 Abs. 1 BGB) vor; das heißt, eine Kündigung ist durch eigenhändige Unterschrift zu erklären. Zu beachten ist ferner, dass derjenige, der sich auf eine günstige Rechtsfolge beruft – der also behauptet, dass eine Kündigung ausgesprochen wurde –, den Zugang einer Willenserklärung zu beweisen hat.

2. Surfen am Arbeitsplatz II

Internet World Business 18-2007, Seite 10

Fristlose Kündigung selbst bei exzessiver privater Nutzung nicht möglich

Die Nutzung geschäftlicher Systeme für private Zwecke ist – auch bei Unternehmen aus der Onlinebranche – immer wieder Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern.

Das Bundesarbeitsgericht entschied nun, dass auch im Falle exzessiver Internetnutzung als schwere Vertragspflichtverletzung ein Arbeitgeber ohne Abmahnung das Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht kündigen kann (Az.: 2 AZR 200/06). Im konkreten Fall hatte ein Arbeitnehmer eine Kündigungsschutzklage angestrengt. Bei der Überprüfung des PC des Arbeitnehmers sicherte der Arbeitgeber eine Reihe von Bild- und Videodateien mit erotischem Inhalt. Über die History-Funktion des Browsers wurde festgestellt, dass von diesem PC Erotikseiten abgerufen wurden – während der Arbeitnehmer an diesen Tagen Überstunden abrechnete.

Dies reichte nach Ansicht der Richter nicht aus, um die Kriterien für eine verhaltensbedingte Kündigung als sozial gerechtfertigt im Sinne des Paragrafen 1 Absatz 2 Kündigungsschutzgesetz zu erfüllen. Das höchste deutsche Arbeitsgericht hob die hilfsweise erklärte ordentliche verhaltensbedingte Kündigung des

Landesarbeitsgerichts ebenfalls auf und verwies zur weiteren Tatsachenfeststellung an die Vorinstanz zurück. Die außerordentliche, also fristlose Kündigung aus wichtigem Grund, wurde in allen Instanzen als unbegründet angesehen.

Das Bundesarbeitsgericht führt auch für die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung aus, dass eine sehr dezidierte Feststellung der Pflichtverletzungen über die Nutzung der Daten, Belastungen und Störungen der betrieblichen Datensysteme sowie die Kosten zu ermitteln gewesen wäre.

Das BAG setzt auf der bisherigen Rechtsprechung auf, wonach nur unter ganz gravierenden Ausnahmetatbeständen eine außerordentliche wie auch eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung ohne Abmahnung wirksam ist.

Die Richter stellten diesbezüglich klar, dass für eine verhaltensbedingte Kündigung im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung eine negative Sozialprognose dezidiert darzulegen sei.

Eindeutige Regeln erforderlich

Für Arbeitgeber wie Arbeitnehmer ist es empfehlenswert, im Rahmen einer "Internet- und E-Mail-Policy" eindeutige Regelungen für die Nutzung des geschäftlichen Dienst-PC am Arbeitsplatz zu vereinbaren.

Nur so lässt sich für den Arbeitgeber sicherstellen, dass die vertraglichen Verhaltenspflichten des Arbeitnehmers festgeschrieben sind. Solche Verhaltensvorgaben sind nur dann wirksam, wenn deren Einhaltung auch regelmäßig kontrolliert wird. Fehlt es dagegen an einer solchen Regelung und duldet der Arbeitgeber stillschweigend die Privatnutzung, kommt dies einer Erlaubnis zur Privatnutzung gleich. Zwar ist selbst dann eine Kündigung nicht ausgeschlossen; sie lässt sich dann indes nur auf eine völlig exzessive Nutzung beschränken, die im Ergebnis an Betrugstatbestände anknüpft, wonach der Arbeitnehmer seine Leistung als Arbeit angibt, tatsächlich aber nur privat surft. Zu berücksichtigen ist auch, dass bei einer Erlaubnis zur privaten E-Mail-Nutzung der Arbeitgeber in erhebliche Probleme bei der Archivierung von E-Mails hineinlaufen wird. Denn er hat nach den Grundsätzen des Datenzugriffs und zur Prüfung digitaler Unterlagen (GDPdU) steuerrelevante Daten so zu archivieren, dass ein Prüfer wahlfrei und maschinell auswertbar auf steuerrelevante Daten zugreifen kann. Da es sich bei geschäftlichen E-Mails häufig um Handelsbriefe handelt, hat der Arbeitgeber dafür Sorge zu tragen, dass er einerseits diesen Prüfungsanforderungen entspricht, andererseits Belange von Daten- und Persönlichkeitsschutz berücksichtigt.

Für Arbeitnehmer ist es wichtig, dass im Falle einer ausgesprochenen Kündigung die vorstehenden Grundsätze sehr genau zu überprüfen sind. Fehlt es an einer vorherigen Abmahnung, dürfte eine außerordentliche wie eine verhaltensbedingte ordentliche Kündigung häufig nicht wirksam sein.

3. Surfen am Arbeitsplatz I

Internet World Business, 04/06, Seite 10

Private Internet-Nutzung rechtfertigt meistens keine fristlose Kündigung

Das Landesarbeitsgericht Nürnberg hatte über die Kündigungsschutzklage eines Arbeitnehmers zu befinden, dem wegen privater Internet-Nutzung am Arbeitsplatz und des Installierens einer Anonymisierungs-Software fristlos und hilfsweise ordentlich gekündigt wurde. Das Gericht verneinte sowohl Gründe für eine fristlose als auch für eine ordentliche Kündigung, da die arbeitsvertragliche Verpflichtung eines "grundsätzlichen" Verbots nicht eindeutig sei, sich aus dem Sachverhalt keine exzessive Internet-Nutzung ergäbe und im Rahmen der Interessenabwägung nach dem Grundsatz der Ultima Ratio regelmäßig eine Abmahnung einer Kündigung vorauszugehen habe (Az.: 6 Sa 348/03).

Urteilsanalyse

Zunächst stellten die Richter fest, dass eine private Internet-Nutzung jedenfalls nicht eindeutig verboten sei, da hierzu jegliche private Nutzung von vornherein "ohne Wenn und Aber" verboten sein müsse. Bei der Formulierung "grundsätzlich verboten" kann zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass ein Arbeitnehmer davon ausgehen durfte, die Nutzung sei in Ausnahmefällen erlaubt.

Zudem käme auch bei fehlender Eindeutigkeit eines Verbots eine fristlose Kündigung nur dann in Betracht, wenn die Nutzung so exzessiv und umfassend erfolge, dass der Arbeitnehmer davon ausgehen muss, dass der Arbeitgeber dies als außerordentlich schwere Störung des Arbeitsverhältnisses ansieht; dies gelte insbesondere für strafbare oder pornografische Inhalte.

Schließlich sahen die Richter auch in der Tatsache, dass der Arbeitgeber entgegen der Arbeitsanweisung nicht dienstliche Software heruntergeladen hatte, kein Recht zur sofortigen Kündigung begründet. Allein die abstrakte Gefahr wiege nicht so schwer, dass eine Kündigung ohne Abmahnung in Betracht käme.

Die mit diesen Gründen abgelehnte fristlose Kündigung sei auch auf die ordentliche Kündigung zu übertragen, da nach dem Grundsatz des letzten Mittels als Voraussetzung ein tief gehender und endgültiger Vertrauensverlust für eine Trennung vom Arbeitnehmer unerlässlich sei. Auch hier bedürfe es zunächst regelmäßig einer Abmahnung.

Praxistipp:

Arbeitgeber sollten in der Unternehmenspraxis darauf achten, dass zum einen Dienstanweisungen ganz eindeutig formuliert sind, damit ein Verstoß dagegen auch eine entsprechende Wirkung entfalten kann. Zum anderen muss eine solche Dienstanweisung, die idealerweise in einer E-Mail- und Internet-Policy sämtliche Konstellationen abdeckt, auch kontrolliert werden, da ansonsten der Arbeitgeber Gefahr läuft, einen Duldungstatbestand zu schaffen. Kontrolliert er nämlich seine Verbote nicht, kann ihm dies als stillschweigende Erlaubnis durch Duldung ausgelegt werden.

Arbeitnehmer sollten ganz eindeutig prüfen, ob und in welchem Umfang ihnen eine private Internet-Nutzung am Arbeitsplatz erlaubt ist. Hat der Arbeitgeber eine solche verboten, läuft ein Arbeitnehmer zumindest nach Abmahnung Gefahr, außerordentlich gekündigt zu werden. Bei einem Verbot des Herunterladens von Programmen dürften die Umstände im Einzelfall zu prüfen sein. Es dürfte einen Unterschied machen, ob man sich nur als weiteren Browser Firefox herunterlädt oder in sensiblen Bereichen, wie zum Beispiel Banken, Spionage-Software verwendet. Denn ein Verstoß gegen das Verbot Software herunterzuladen, kann zwar im Schadensfalle eine Kündigung eventuell nicht begründen, indes jedoch erhebliche Schadensersatzansprüche auslösen.

Impressum

Rauschhofer Rechtsanwälte
verantwortlich: Dr. jur. Hajo Rauschhofer
Richard-Wagner-Str. 1
65193 Wiesbaden
T: 0700 - IT KANZLEI *
T: 0611 - 5325395
F: 0611 - 5325396
E: kanzlei@rechtsanwalt.de
